

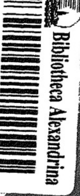
المستشار

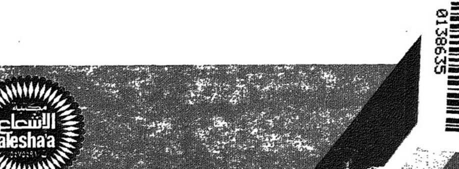
عبد الفتاح إبراهيم بهنسى

رئيس محكمة الاستئناف

الجزء الثانى

مع المذكرات الإيضاحية وتقارير اللجان
ومزيلة بأحكام المحكمة الدستورية العليا
والقرارات الوزارية المنفذة





المستشار
عبد الفتاح إبراهيم بهنسى
رئيس محكمة الاستئناف

الأحوال الشخصية
فى تشريعاتها المتعددة

الجزء الثانى

النصوص الموضوعية
فى مسائل الأحوال الشخصية
للمصريين المسلمين
وما يطبق منها على غير المسلمين

- فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدلان بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.
- فى قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٢ • وفى قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ • وفى القانون المدنى.
- فى قانون حالات سلب الولاية عى النفس رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ • وقانون أحكام الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ • وفى القانون المدنى.

مع المذكرات الإيضاحية وتقارير اللجان، ومزيلة بأحكام المحكمة الدستورية العليا والقرارات الوزارية المنفذة.

مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية
المنتزة - أبراج مصر للتعمير رقم ١٤ ☎ ٥٤٧٥٤٩١
المطابع: المعمورة البلد - بحرى ☎ ٥٦٠٠٤٧٩



رقم الايداع
بدار الكتب

الترقيم الدولى

مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع

الإدارة والتوزيع: المنتزة - أبراج مصر للتعمير رقم ١٤ ☎ ٥٤٧٥٤٩١
المطابع: المعمورة البلد - بحري - شارع ٢٦٨ ☎ ٥٦٠٠٤٧٩ إسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً ﴾

سورة الرعد آية (٣٨)

﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾

سورة البقرة آية (١٨٧)

﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا
تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ
وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا ﴾

(صدق الله العظيم)

سورة النساء . آية ٢٠ ، ٢١)

مقدمــة

من المعلوم أن القانون المدنى يحكم معاملات الأفراد فى المجتمع وبالتالى ينظم المراكز القانونية التى تنشأ عن هذه المعاملات ، يستوى فى ذلك اتصال هذه المراكز بمصالح الأفراد المالية أو تلك التى لا تقوم بمال ، والأولى هو ما يطلق عليها الأحوال العينية ، والثانية ما يطلق عليه الأحوال الشخصية التى تنتج من وضع الشخص فى الأسرة ، إلا أن هذا التحديد يتطلب ضبط مصطلح الأحوال الشخصية توصلا لبيان نطاق دراسة الأحوال الشخصية .

ومصطلح الأحوال الشخصية ابتدعه أصلا الفقة الايطالى خلال القرنين الثانى عشر والثالث عشر لدى مواجهته لمشكلة تنازع القوانين لما هو معلوم من أنه كان يوجد فى إيطاليا وقتئذ نظامان قانونيان :

الأول : نظام القانون الرومانى باعتباره القانون العام السارى على كل إقليم إيطاليا .

والثانى : نظام محلى لا يتعدى سلطانه حدود اقطاعية أو مدينة فلجأ الفقه الايطالى إلى إطلاق تسمية « قانون » على النظام الأول وأطلق تسمية « حال » وجمعها أحوال على النظام الثانى ، ثم قسم هذه الأحوال إلى :

أحوال تتعلق بالأشخاص ويعنى بها القواعد القانونية التى تتبع غالباً الشخص أينما يكون .

وأحوال تتعلق بالأموال ويعنى بها القواعد القانونية التى يقتصر سلطانها على مكان معين وتحكم ما يوجد فيه من أموال .

ثم ذاعت التسمية والتقسيم وأصبح القانون المدنى المقارن يقسم إلى طائفتين من القواعد ، تخص الأولى الروابط الشخصية وتخص الثانية الروابط المالية ، وفى مرحلة لاحقة اختصر كل من الاصطلاحين ، فأصبح يطلق على الأولى الأحوال الشخصية وأصبح يطلق على الثانية الأحوال العينية .

والشريعة الإسلامية لم يكن معروفاً لدى فقهائها مصطلح الأحوال الشخصية ، ذلك أن الأحكام التى جاءت بها تلك الشريعة تنقسم إلى قسمين :

قسم يتعلق بالعقائد كالإيمان بالله وملائكته ورسله ، وهو ما يدخل فى دراسة علم التوحيد .

وقسم يتعلق بأعمال الإنسان وينقسم بالتالى إلى عبادات ومعاملات .

والعبادات : هى الأعمال التى يتقرب بها الإنسان إلى الله كالصلاة والصوم .

والمعاملات : وهى تنظم علاقة الإنسان بغيره فردا كان أو جماعة أو دولة كالعقود والتصرفات سواء تعلقت بتنظيم الأسرة وتكوينها كالخطبة والزواج وما يتفرع عنهما ، أم تعلقت بالأموال من بيع وإجارة .

وقد ذكر ابن عابدين (فى حاشيته جـ ١) أن المعاملات خمس :

المعاوضات المالية، والامانات، والزواج وما يتصل به، والمخاصمات، والتركات.

وإذا كان الزواج ، وما يتصل به يندرج فى قسم المعاملات ، إلا أنه الحق حكماً بالعبادات ، وبذلك يدخل فى المعاملات المالية والعلاقات العائلية مع مراعاة ما يدخل منها حكماً فى العبادات ، ومعنى إلحاق الزواج حكماً بالعبادات أن لغير المسلمين أن يترافعوا إلى رؤسائهم الدينين بالنسبة له ، إذ القاعدة أن غير المسلمين مخاطبون بأحكام المعاملات .

وفى مصر فإن المشرع هو الذى يقرر أى من القوانين شخصياً وأيها لا يعتبر كذلك . فالقانون الشخصى للأجانب هو قانون الجنسية ، وإن كان الشخص مجهول الجنسية فالقاضى هو الذى يعين القانون الواجب التطبيق ، أما القانون الشخصى للمصريين فهو قانون الديانة على النحو المبين بالمادة (٦) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والذى وحد جهات القضاء ، ومن ثم كانت الشريعة الإسلامية هى القانون الشخصي للمسلمين ، وقانون الملة هو القانون الشخصى لغير المسلمين ، وذلك كله مع مراعاة الأنزعة ذات العلاقة الأجنبية أو ذات العنصر الأجنبى (أى أحد طرفيها مصرى الجنسية) .

وازاء تعدد مسائل الأحوال الشخصية فإنه لا يمكن تلمس تحديداً دقيقاً لها ، وقد أسهم الفقه القانونى فى بعض محاولات تحديدها ، كما حاولت محكمة النقض المصرية عام ١٩٣٤ فى بيان المقصود منها ، إلا أن تعريفها جاء متأثراً ببعض الأنظمة القانونية المقارنة قاصراً عن بعض حالاتها وخلط فى بعضها الآخر .

أما المشرع المصرى ومن خلال القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ فى شأن نظام القضاء فقد تدخل لتحديد معنى الأحوال الشخصية بالمادتين ١٣ ، ١٤ منه بتعداد لمسائلها رأى غالبية الفقة أنه تعداد يصلح لبيان الأحوال الشخصية لكل من المصريين والأجانب ، إلا أن هذا القانون الغى بصدور قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ونص فى المادة ١٣ منه على اختصاص المحاكم بصفة عامة بالدعاوى المدنية والجنائية دون ذكر لمسائل الأحوال الشخصية ، بما أحدث فجوة تشريعية لم يتداركها أيضاً بصدور القانون الحالى للسلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فلم يورد نصا مماثلا للذى تضمنه من قبل القانون الملغى رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بما يستلزم بالضرورة إضافة هذا الحكم وغدا ضرورة لا محيص عنها تمليها اعتبارات المصلحة العامة وتدعو إليه الحاجة .

وإذا كان المشرع المصرى قد ترك حكم مسائل الأحوال الشخصية للمصريين لقانون الديانة إلا أن من هذه المسائل ما يخضع لتشريعات موحدة تطبق على جميع المصريين على اختلاف ديانتهم وهى :

١ ـ مسائل الأهلية والولاية على المال والوصاية والقوامة والحجر والغيبة والإذن بالإدارة ، وهى مسائل تنظمها نصوص القانون المدنى (٤٤ ـ ٤٨) والمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال .
٢ ـ مسائل المفقود وتحكمه نصوص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ .
٣ ـ مسائل المواريث وتحكمها نصوص القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .
٤ ـ مسائل الوصايا وتنظمها نصوص القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .
٥ ـ الوصية وتكفلت المواد من ٤٨٦ لسنة ٥٠٤ من التقنين المدنى ببيان أحكامها الشكلية والموضوعية .
٦ ـ الوقف ويحكمه القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ مع مراعاة ما ورد بشأنه من تعديلات بعد إلغاء نظام الوقف على غير الخيرات بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ والمعدل.
٧ ـ مسائل النسب فقد الحقت بمسائل الإرث والتى تخضع لتشريع موحد.

وإذا كان الفرد يتعامل دائما بل يومياً مع قوانين الأحوال الشخصية فى كافة مجالاتها ، كما وأن المتخصص فى هذا النوع من فروع القانون لا يقتصر تعامله على تشريع واحد لتتبع حكم القانون فى المسألة بل يمتد ذلك إلى تشريعات أخرى مرتبطة أو مكملة لها مما يتحتم عليه العثور على هذه التشريعات من مصادرها المتعددة .

ومن ثم كانت هذه المحاولة بتجميع كافة التشريعات المرتبطة بموضوع الأحوال الشخصية سواء من الناحية الإجرائية أو الناحية الموضوعية ، آملين أن تسد هذه المحاولة حاجة من يتعامل مع هذا الفرع بسهولة ويسر . وحتى تكتمل الفائدة فقد رأينا إضافة المذكرات الإيضاحية للهام من هذا التشريعات وتقارير لجان مجلس الشعب إن وجدت ، كما زيلناها بما صدر عن المحكمة الدستورية العليا من أحكام قضت بدستورية أو عدم دستورية بعض النصوص ، وكذا القرارات الوزارية المنفذة لبعض أحكام هذه التشريعات .

وإذا يصدر هذا الكتاب فى أربعة أجزاء على النحو الآتى :

١ ـ النصوص الإجرائية فى مسائل الأحوال الشخصية (مصريون ، أجانب) .

٢ ـ النصوص الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين من المصريين وما يطبق منها على غير المسلمين .

٣ ـ النصوص الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين .

٤ – النصوص القانونية لنظام الوقت .

وبذلك تكتمل سلسلة تشريعات الأحوال الشخصية والوقف والتى تطبق على جميع المصريين صرف النظر عن الديانة ، وكذا الأجانب إذا ما ترافعوا أمام المحاكم المصرية فى تلك المسائل .

والله نسأل التوفيق والسداد ،،،

الاسكندرية فى مايو ١٩٩٧

المستشار

عبد الفتاح ابراهيم بهنسى

تقسيم خطة البحث

يتناول الجزء الثاني من الكتاب النصوص الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين المصريين وما يطبق منها على غير المسلمين من المصريين .

فيشتمل علي ثلاثة أقسام :

الأول : ويتضمن عرض للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وكذا المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدلان بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

وملحقها معهما المذكرات الإيضاحية وتقارير لجان مجلس الشعب .

الثانى : ويتضمن عرض لنصوص الميراث والوصية ، فيشمل :

- القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث .
- القنون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية .

وملحقاً بهما المذكرات الإيضاحية والتفسيرية .

- ومستخرج من القانون المدني لنصوص الميراث وتصفية التركة وبيعها والوصية .

الثالث : ويتضمن عرض لنصوص الولاية على النفس والمال فيشمل :

- المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ فى شأن تقرير بعض حالات سلب الولاية على النفس .
- المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال ، ومذكرته الإيضاحية .
- مستخرج من القانون المدنى لأهم نصوص الحالة والأهلية والولاية على المال .

الجـزء الثـانى

النصـــوص الموضوعيـة
فــى
مسائل الأحـوال الشخـصية

(للمســلمين المصـريين)

وما يطبـق منها على غير المســلمين

القســـم الأول

* القانونان رقما ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المعدلان بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.
* المذكرات الإيضاحية وتقارير اللجان .

القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ [١]

الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية

والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ [٢]

نحن سلطان مصر

بعد الاطلاع على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها الأمران العاليان الرقيمان ٢٧ ذى القعدة سنة ١٣٢٧ (١٠ ديسمبر ١٩٠٩) و ٢٦ جمادى الثانية سنة ١٣٢٨ (٣ يوليو سنة ١٩١٠) ؛

وبعد الاطلاع على القانون نمرة ٢٤ الصادر فى هذا اليوم ؛

وبعد الاطلاع على ما أتفقت عليه اللجنة المؤلفة من حضرات أصحاب الفضيلة شيخ الجامع الأزهر وشيخ المالكية ورئيس المحكمة العليا الشرعية ومفتى الديار المصرية ونائب السادة المالكية وغيرهم من العلماء ؛

وبناء على ما عرضه علينا وزير الحقانية

وبعد موافقة رأى مجلس الوزراء ؛

رسمنا بما هو آت :

---

(١) الوقائع المصرية فى ١٥ / ٧ / ١٩٢٠ وجه واحد - العدد ٦١ .

(٢) الجريدة الرسمية فى ٤ / ٧ / ١٩٨٥ - العدد ٢٧ تابع .

الباب الأول

فى النفقــة

القسم الأول

فى النفقــة والعــدة

مـــادة ١ (١) ـ تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه فى الدين .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضى به الشرع .

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج ، أو خرجت دون إذن زوجها .

ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية ـ دون إذن زوجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم تظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب (*) بإساءة استعمال الحق ، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وتعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

---

(١) المادة الأولى مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وكان نصها قبل التعديل كالآتى : « تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء » .

(*) مصححة بالإستدراك المنشور بالجريدة الرسمية فى ١٥ / ٨ / ١٩٨٥ ـ العدد ٣٣ .

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفى بحاجتها الضرورية .

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ، ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى .

مـــادة ٢ : المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق .

مـــادة ٣ : (١)

القسم الثانى

فى العجز عن النفقة

مـــادة ٤ ـ (٢) إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال وإن أدعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالا ، وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر ، فإن لم يتفق طلق عليه بعد ذلك .

---

(١) المادة (٣) ألغيت بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وكان نصها قبل الإلغاء كالآتى « من تأخر حيضها بغير رضاع تعتبر عدتها بالنسبة للنفقة بسنة بيضاء لا ترى فيها الحيض ، فإن أدعت أنها رأت الدم فى أثنائها أخرت إلى أن ترى الدم مرة أخرى ، أو إلى أن تمضى سنة بيضاء ، وفى الثالثة إن رأت الدم انقضت عدتها ، وإن لم تره تنقضى العدة بإنتهاء السنة .

فإن كانت مرضعا ، وحاضت فى أثناء الرضاع ، اعتدت بالاقراء . وإن تأخر حيضها بعد انقضاء مدة الرضاع كان الحكم فى تأخر حيضها هو ما تقدم .

وفى الحالتين لا نسمع دعوى أن لها عادة فى الحيض لأكثر من سنة » .

(١) تنتظم المادة الرابعة الحالات التى يطلق فيها القاضى على الزوج الحاضر متى انتفى وجود المال الظاهر الذى يمكن التنفيذ عليه وهى :

١ ـ إذا تصادق الطرفان على الإعسار أو أنكرته الزوجة وأثبته الزوج ، فهنا يمهل القاضى الزوج مدة لا تزيد عن شهر فإن أنفق فلا تطليق وإلا طلق عليه .

٢ ـ إذا أدعى الإعسار ولم يثبته لا بمصادقة الزوجة أو بالبينة .

٣ ـ إذا سكت ولم يقل أنه معسر أو موسر وأصر على عدم الإنفاق ، وأصرت الزوجة على التطليق طلقها القاضى فى الحال بدون إمهال .

مـــادة ٥ ـ (١) إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلا ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل .

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى .

وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

مـــادة ٦ ـ تطليق القاضى لعدم الإنفاق رجعيا ، (٢) وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة ، فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة .

---

(١) تنتظم المادة الخامسة الأحكام الآتية :

١ ـ إذا غاب الزوج غيبة قريبة ولم يترك لزوجته نفقة ، ورفعت أمرها للقضاء ، فإن كان للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة نفذ حكم النفقة فيه وانتفى مبرر التطليق .

٢ـ إذا غاب الزوج غيبة قريبة ولم يترك لزوجته نفقة ولم يكن له مال ظاهر ، ورفعت أمرها للقضاء طالبة التطليق لعدم الإنفاق ، ففى هذه الحالة إذا ثبت لدى المحكمة الزوجية والغيبة والترك بلا نفقة وعدم وجود المال الظاهر له تضرب له أجلا بحسب ما تراه مع النص بأنه إذا لم يرسل لزوجته فى خلال هذا الأجل النفقة الحاضرة الواجبة عليه أو يحضر للإنفاق عليها تطلق عليه ، وتقرر تكليف قلم الكتاب بإعلان الغائب بصورة من هذا القرار ، فإن مضى الأجل ولم يرسل لزوجته ما تنفق منه ولم يحضر للإنفاق عليها وتحققت من وصول له الإعلان طلقتها عليه .

٣ ـ إذا غاب الزوج غيبة بعيدة ولم يترك لزوجته نفقة ولم يكن له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه ، فإذا ثبت للمحكمة الزوجية وغيبة الزوج وعدم وجود المال ، تطلق عليه دون حاجة إلى ضرب أجل أو إعذار المبينين فى الحالة الثانية .

٤ ـ إذا غاب الزوج ولم يدر مكانه ولم يترك لزوجته ولم يكن له مال ظاهر ، ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة التطليق لعدم الإنفاق ، فمتى أثبتت الزوجيه والغيبة وعدم وجود المال الظاهر وعدم العلم بالمكان طلقت المحكمة عليه فى الحال بدون ضرب الأجل والإعذار المبينين فى الحالة الثانية .

٥ـ إذا كان الزوج مفقودا ولم يترك نفقته ولم يكن له مال ظاهر ورفعت الزوجة الأمر للقضاء طالبة التطليق لعدم الإنفاق ، فمتى أثبتت الزوجية والفقد وعدم وجود المال طلقت عليه المحكمة كما فى الحالة الثالثة .

٦ـ إذا كان الزوج مسجونا ولم يكن له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه رفعت زوجته الأمر للقضاء بطلب التطليق لاعساره ، وأثبتت ذلك طلقت المحكمة عليه بعد ضرب الأجل والإعذار المبينين فى الحالة الثانية .

ويعتبر الزوج غائبا غيبة قريبة ـ على ما قرره الفقهاء ـ إذا كان بمكان يسهل وصول قرار المحكمة بضرب الأجل إليه فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام . ويعتبر غائبا غيبة بعيدة من ليس كذلك .

(٢) لاحظ أن التطليق لعدم الإنفاق قد يكون بائنا إذا كان قبل الدخول الحقيقى أو كان مكملاً للثلاث .

الباب الثانى

فى المفقـــود

مـــادة ٧ : (١)

مـــادة ٨ : إذا جاء المفقود أو لم يجىء وتبين أنه حى فزوجته له ، ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول ، فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول .

الباب الثالث

فى التفـريق بالعيـب

مـــادة ٩ : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها ، فلا يجوز التفريق .

مـــادة ١٠ ـ الفرقة بالعيب طلاق بائن .

مـــادة ١١ ـ يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

الباب الرابـع

فى أحـكام متفرقـة

مـــادة ١٢ : (١)

مـــادة ١٣ : على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون ، ويسرى العمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

صدر بسراى رأس التين فى ٢٥ شوال سنة ١٣٣٨ (١٢ يوليو سنة ١٩٢٠)

---

(١) المادة (٧) ألغيت بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وكان نصها قبل الإلغاء كالآتى : « إذا كان للمفقود وهو من انقطع خبره مال تنفق منه زوجته ، جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضى ، وتبين الجهة التى يظن أنه سار إليها ، ويمكن أن يكون موجودا بها . وعلى القاضى أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحقانية لتجرى البحث عنه بجميع الطرق الممكنة . فإذا امضت مدة أربع سنين من حين رفع الأمر إلى القاضى ، ولم يعد الزوج ، ولم يظهر له خبر . يطلق القاضى الزوجة فتعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام . وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تتزوج بغيره » .

(١) المادة (١٢) ألغيت بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وكان نصها قبل الإلغاء كالآتى : « تسرى أحكام المادة الثالثة من هذا القانون على المعتدات اللآتى حكم لهن بنفقات عدة بمقتضى أحكام نهائية صادرة قبل تنفيذ هذا القانون » .

المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ [١]

الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية

المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

نحن فؤاد الأول ملك مصر

بعد الاطلاع على أمرنا رقم ٤٦ لسنة ١٩٢٨ ؛

وعلى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها الأمران العاليان الرقيمان ٢٧ ذى القعدة سنة ١٣٢٧ (١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩) و ٢٦ جمادى الثانية سنة ١٣٢٨ (٣ يوليو سنة ١٩١٠) ؛

وبعد الاطلاع على القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ ، والقانون نمرة ٢٤ الصادر فى هذا اليوم المعدل للمادة ٢٨٠ من اللائحة المذكورة ؛

وبناء على ما عرضه علينا وزير الحقانية ، وموافقة رأى مجلس الوزراء ؛

رسمنا بما هو آت :

١ـ الطـــلاق

مـــادة ١ : لا يقع طلاق السكران والمكره .

مـــادة ٢ : لايقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شىء أو تركه لا غير .

مـــادة ٣ : الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لايقع إلا واحدة .

مـــادة ٤ : كنايات الطلاق وهى ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

مـــادة ٥ : كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على

---

(١) الوقائع المصرية فى ٢٥ / ٣ / ١٩٢٩ ـ العدد ٢٧ .

مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ [١] .

مـــادة ٥ مكررا ـ [٢] على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق .

وتعتبر الزوجة عالمه بالطلاق بحضورها توثيقه ، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر ، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها ، وفق الإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل [٣] .

وتترتب آثار الطلاق من تارخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن [*] الزوجة ، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به .

٢ـ الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر :

مادة ٦ ـ إذا أدعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١) .

---

(١) ما نص على كون الطلاق بائنا فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ هو الطلاق للعيب (مادة ٩ من هذا القانون) . وما نص على كونه بائنا فى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو الطلاق للضرر (مادة ٦) ، الطلاق للزواج من أخرى (مادة ١١ مكررا) ، الطلاق للغيبة (مادة ١٢) ، الطلاق للحبس (مادة ١٤) .

(٢) المادة ٥ مكررا مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . وتوثيق إشهاد الطلاق ليس شرطا لصحته ، وإنما هو من إجراءات علم المطلقة بحصول الطلاق . وليس للموثق أن يمتنع عن توثيق الطلاق إذا طلبه المطلق بعد فوات ميعاد الثلاثين يوما .

(٣) راجع قرار زير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ الصادر فى ١٧ / ٧ / ١٩٨٥ فى شأن أوضاع وإجراءات إعلان وتسليم إشهاد الطلاق إلى المطلقة ، والمشار إليه بهامش ص .

(*) مصححة بالاستدراك المنشور بالجريدة الرسمية فى ١٥ / ٨ / ١٩٨٥ ـ العدد ٣٣ .

مـــادة ٧ ـ [١] يشـتـرط فى الحكمين أن يكونا عـدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

مـــادة ٨ ـ [٢]

(أ) يشـتمل قرار بعث الحكـمين على تاريخ بدء وإنتهـاء مأموريتهـمـا على ألا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك . وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة .

(ب) يجوز للمـحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحـدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ، فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين .

مـــادة ٩ ـ [٣] لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امـتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره .

وعلى الحكمين أن يتـعرفـا أسبـاب الشـقـاق بين الزوجين ويبـذلا جـهـدهمـا فى الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة .

مـــادة ١٠ ـ [٤] إذا عجز الحكمان عن الإصلاح .

١ ـ فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشىء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

٢ ـ إذا كـانت الإسـاءة كلها من جـانب الزوجـة اقـترحـا التطليق نظير بدل مناسب

---

(١) المادة (٧) مستبدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وكان نصها قبل التعديل كالآتى : « يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدره على الإصلاح بينهما » .

(٢) المادة (٨) مستبدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وكان نصها قبل الإستبدال كالآتى : « على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح فإن أمكن على طريقة قرراها » .

(٣) المادة (٩) مستبدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وكان نصها قبل التعديل كالآتى : « إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة » .

(٤) المادة (١٠) مستبدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وكان نصها قبل التعديل كالآتى : « إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما » .

يقدرانه تلتزم به (*) الزوجة .

٣ - إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة .

٤ - وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل .

مـــادة ١١ ـ (١) على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها فإن ، لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة(٨) وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الإثبات ، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض .

مـــادة ١١ مكررا ـ (٢) على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية ، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات

(*) مصححة بالاستدراك المنشور بالجريدة الرسمية فى ١٥ / ٨ / ١٩٨٥ـ العدد ٣٣ .

(١) المادة ١١ مستبدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وكان نصها قبل التعديل كالآتى : « على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه » .

(٢) المادة ١١ مكررا مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

وقد طعن على هذا النص أمام المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية «دستورية» ، والتى قضت بجلسة ١٤ / ٨ / ١٩٩٤ برفض الدعوى (الجريدة الرسمية فى ١ / ٩ / ١٩٩٤ ـ العدد ٣٥) .

وجاء نص الحكم ـ بعد الديباجة كالآتى :

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث إن الوقائع ـ على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق تتحصل فى أن المدعى عليها الثالثة كانت قد أقامت الدعوى رقم ٣٧٠ لسنة ١٩٨٤ كلى نفس المنصورة ضد المدعى طالبة التطليق إعمالا لنص المادة ١١ مكررا المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وذلك لتضررها من زواجه عليها بأخرى . وإذ دفع المدعى ـ فى الدعوى الماثلة ـ أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية النص سالف الذكر ، وكانت محكمة الموضوع قد صرحت له برفع الدعوى الدستورية ـ بعد أن قدرت جدية دفعه ـ فقد أقام الدعوى الماثلة .

وحيث إن المدعى ينعى على نص المادة ١١ مكررا المشار إليها مخالفته حكم المادة الثانية من الدستور التى تقضى بأن مبادىء الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، وذلك قولا منه بأن القوانين واللوائح التى تخالف هذه المبادىء تقع باطلة عديمة الأثر قانونا ، وأن النص المطعون عليه يتعارض مع=

اللآتى فى عصمته ومحال إقامتهن ، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول .

ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها .

فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقهاعليه طلقة بائنة . ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى . إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً ، ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى .

وإذ كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك .

- النصوص القرآنية التى تأذن بالتعدد وترخص فيه ، ولم تجز تقييده إلا بشروط العدل بين الزوجات وفضلا عن أن النص المطعون فيه لم يبين ماهية الأضرار المعنوية التى تخول الزوجة الممانعة فى الزواج الجديد حق طلب التفريق بينها وبين زوجها . كما علق حقها فى هذا الطلب على عدم قبولها التزوج عليها صراحة أو ضمنا ، وألزامها رفع دعوها بالتطليق خلال سنة من تاريخ علمها بالزواج الجديد وإلا سقط الحق فيها حال أن الضرر قد يلحقها بعد فوات هذا الميعاد . كذلك أجاز النص المطعون فيه - بمفهوم المخالفة - للزوجة أن تشترط فى عقد زواجها عدم الزواج عليها ، وهو قيد على تعدد الزوجات يناقض شرط العدل بينهن ولا يتصل به .

وحيث إن المادة ١١ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والمطعون عليها بعدم الدستورية تنص على أنه « على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الإجتماعية ، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبن فى الرقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن ، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل بقرون بعلم الوصول . ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه ، إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ؛ ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها .

فإذا عجز القاضى عن الاصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة ، ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى ، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا ، ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى .

وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج ، فلها أن تطلب التطليق كذلك » .

وحيث إن من المقرر أن المحكمة الدستورية العليا لا يجوز أن تتنصل من اختصاص نيط بها وفقا للدستور

= أو القانون أو كلاهما . وعليها كذلك - وبنفس القدر - ألا تخوض في إختصاص ليس لها ، ذلك أن إنكارها لولايتها أو مجاوزتها لتخومها ممتنعان من الناحية الدستورية ، ولا يجوز من ثم أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية كلما كان تصديها لها لازما ولو لابستها صعوبات لها وزنها أو قارنتها محاذير لها خطرها، بيد أن ذلك لا يعني الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى افاق تجاوز مقتضياتها أو مباشرتها دون قيود تتوازن بها ، بل يتعين أن تكون هذه الرقابة - ولضمان فاعليتها - محددة طرائقها ومداخلها ، جلية أسسها ومناهجها ، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تصوغها الهيئة القضائية التي تتولاها ، ولا تفرضها عليه سلطة أعلى لتحد بها من حركتها ، لضمان أن تكون الرقابة على الدستورية منحصرة في حدودها المنطقية ، فلا يكون التدخل بها مؤذنا بانفلاتها من كوابحها ، بل مقيدا بما يصون موجباتها ولا يخرجها عن حقيقة مراميها كأداة تكفل في آن واحد سيادة الدستور ومباشرة السلطتين التشريعية التنفيذية لإختصاصاتها التقديرية دون عائق ، ومن ثم كان اللجوء إليها مقيدا بضرورة أن يكون التدخل بها لازما ومبررا بوصفها ملاذا نهائيا ، وليس بإعتبارها إجراء إحتياطيا ، وتتحل هذه الضوابط في واقعها إلى قيود ذاتية تفرضها على نفسها الهيئة القضائية التي عهد إليها الدستور أو المشرع برقابة الدستورية ، وذلك تقديراً منها لخطورة هذه الرقابة ودقتها ، ولأن المصالح التي تواجهها فريدة في بابها بالنظر إلى تشابكها واتساعها وتعقدها ، وإتصالها المباشر بمراكز هؤلاء الذين يمسهم النص التشريعي المطعون فيه ، ولو كانوا من غير أطراف المنازعة الدستورية .

وعلى ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية ، لا يجوز أن تفصل الهيئة التي تتولاها في دستورية نص تشريعي في غير خصومة تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها ، ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أوان ارسائها أو قاعدة دستورية تجاوز بإتساعها أو مداها الحدود التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها ، وليس لها كذلك الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص التشريعي المطعون عليه ، إذ كان الطاعن قد أفاد من مزاياه أو كانت الأضرار التي رتبها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها إتصالا شخصيا ومباشرا ، أو كان ممكنا حمل حكمها في النزاع المطروح عليها على أساس آخر ، وعليها دوما - وكشرط أولى لممارستها ورقابتها على الدستورية - أن تستوثق إذا كان ممكنا تأويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته .

وحيث إن البين من النص المطعون فيه - المادة ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية - أنه خول الزوجة التي تزوج عليها وزوجها - ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد الزواج ألا يتزوج عليها - أن تطلب الطلاق منه على ضوء شرطين موضوعيين : أولهما : أن يكون قد لحقها ضرر من قبل زوجها - ماديا - كان أو أدبيا - على أن يكون هذا الضرر موصوفا من حيث آثاره بأن يبلغ مداه درجة من الاساءة تكون معها العشرة بين أمثالهما أمراً متعذراً ثانيهما : أن يكون تقدير هذا الضرر عائدا إلى القاضي ، وعليه ألا يطلقها من زوجها طلقة بائنه إلا إذا عجز عن إصلاح بينهما .

وسواء توافر هذان الشرطان أو تخلفا ، فإن الحق في رفع دعوى التطليق - وفقا لأحكام النص المطعون فيه - مقيد بزمن معين لا يتعداه ، إذ يتعين على الزوجة الساعية إلى التفريق بينها وبين زوجها ، أن تقيم =

. . . .

= دعواها خلال سنة من تاريخ علمها بأن زوجها تزوج بغيرها - ويسقط حقها فى إقامة دعواها هذه ، بفوات ذلك الميعاد ، وكذلك برضاها بالزواج الجديد صراحة أو ضمنا .

وحيث أن القيد الإجرائى المشار إليه - وأيا كان وجه الرأى فى دستوريته - لا يتعلق إلا بالزوجة التى تزوج عليها زوجها ، إذ هى التى قيدها النص السابق بميعاد لرفع دعواها بالتفريق بينها وبين زوجها ، واعتبر فوات هذا الميعاد مسقطا للحق فيها ، ومن ثم لا تقوم المصلحة الشخصية المباشرة فى الطعن عليه إلا بالنسبة إليها ، كذلك فإن ما قرره ذلك النص من نزولها عن دعواها تلك بقبول التزوج عليهاصراحة أو ضمنا ، إنما يخصها دون غيرها ، باعتبار أن هذا النزول الذى قرره النص المطعون فيه قد تم بافتراض أن إرادتها قد اتجهت إليه ، من ثم تتعلق آثاره بها وحدها ، وعلى خلاف ما تقدم تلك المناعى التى توخى بها المدعى إبطال ذلك النص بمقولة إهداره الحق فى التعدد أو تقييده ، إذ يعتبر هذا البطلان مرتبطا بالشرطين الموضوعيين الذين يخولان الزوجة التى تزوج زوجها عليها طلب التطليق منه ، ولا يجوز بالتالى لغير زوجها المجادلة فى دستوريتهما ، وإليهما تمتد مصلحته الشخصية المباشرة التى يجرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنها شرط لقبول الدعوى الدستورية ، وأن مناطها يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الفصل فى المسألة الدستورية لازما الفصل فى النزاع المرتبط بها والمطروح على محكمة الموضوع .

وحيث إن من المقرر أن الرقابة على الدستورية لا تستقيم موطئا لإبطال نصوص تشريعية يمكن تأويلها - تختلف طرق الدلالة المعتبرة - على وجه يعصمها من المخالفة الدستورية المدعى بها ، بل يجب - وبوصفها رقابة متوازنة لا يجوز التدخل بها إلا لضرورة ملحة تقتضيها - أن تكون مبررة بدواعيها كى لا يكون اللجوء إليها اندفاعا ، أو الإعراض عنها تراخيا .

وحيث إن الأصل فى تشريع التعدد هو النصوص القرآنية ، إذ يقول تعالى فيما أوحى به إلى محمد عليه السلام « وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى ، فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ، ذلك أدنى ألا تعولوا ، وكانت صيغة الأمر تفيد طلب وقوع المأمور به والامتناع عما يضاده ، مالم يقم دليل على وجود قرينة تصرفها عن أصل وضعها إلى الأباحة ، وهو ما قرره بعض الفقهاء بقولهم أن صيغة الأمر حقيقة فى طلب الفعل ، مجاز فيما سواه ، وأن إفادتها الإباحة بطريق المجاز يحتاج إلى قرينة ، وكانت الآية السابقة لا تفيد نهيا عن الجمع بين أكثر من زوجة ، ولاطلبا لازما لإتيان هذا الفعل ، ولكنها إذن بالتعدد ، وكان من المقرر أن الله تعالى ما شرع حكما إلا لتحقيق مصالح العباد، وما أهمل مصلحة اقتضتها أحوالهم دون أن يورد فى شأنها حكما ، وكان مسلما كذلك أن ما كان ثابتا بالنص هو المصلحة الحقيقية التى لا تبديل لها ، وأن العمل على خلافها ليس إلا تعديا على حدود الله ، وكانت المصلحة التى تعارض النصوص القرآنية لا تعتبر مصلحة حقيقة ، ولكنها أدخل إلى أن تكون تشهيا وانحرافا فلا يجوز تحكيمها وكان الله تعالى حين أذن بالتعدد ، شرع ذلك لمصلحة قدرها مستجيباً بها لأحوال النفس البشرية ، فأقره فى إطار من الوسطية التى تلتزم حد الاعتدال ، جاعلا من التعدد - وهو ليس إلا جمعا بين أكثر من زوجة بما لا يجاوز الأربع حقا لكل رجل ، ومحليته كل إمرأة من الحرائر يستطيبها وتحل له شرعا - ولو لم تكن يتيمة يتحرج من أكل أموالها =

.. ..

= وظلمها ، بل ولو لم يكن وليا عليها - غير مقيد في ذلك بما وراء الأمن من الجور بين من يضمهن إليه باعتبار أن الأصل في المؤمن العدل بين من ينكحهن ليكون أعون على بقاء أصل الإستقرار والأطمئنان ، فإن لم يأمن العدل ، فعليه بواحدة لا يزيد عليها حتى لا يميل لغيرها كل الميل ، ومن ثم كان التعدد مقررا بنصوص قرآنية صريحة لا يرتبط تطبيقها بمناسبة نزولها ، ولكنها تعد تشريعا إلهيا لكل زمان ومكان ، جوهره العدل ، وهو ليس إلا قولا معروفا وإمتثالا لأوامر الله تعالى مع مجانبة نواهيه . وكلما استقام التعدد على قاعدة العدل - وهي قيد على الحق فيه ولا تعد سببا لنشوئه - كان نافيا للجور والميل ، واستحال أن يتمخض ظلما أو ينحل إلى إضرار بالزوجة التي تعارض اقتران زوجها بغيرها ، ذلك أن ما يجوز شرعا لا يؤول إعناتا ، ولا وجه للقول بأن الشريعة الغراء - وغايتها إصلاح شئون العباد وتقويمها ، تناقض في تطبيقاتها العملية مصالحهم وتعارضها، ولأن ما ينهانا الله عنه يكون ضرره راجحا ، ما يأمرنا به وجوبا أو على سبيل الإباحة إنما يكون نفعه غالبا ، ولا يعتبر بالتالي قرينا لإيذاء أو مضارة أو سببا لأيهما ، وإلا ابتعد عن مصالح العباد ، وكان سعيا لما يناقضها ، ومدخلا إلى مفاسد مقطوع بها أو مراجحا وقوعها بقدر الإثم الملابس لها أو المحيط بها ، وهو ماينزهه الله تعالى عنه حين أذن بالتعدد وجعل الحق فيه - مع الأمن من الجور - مكتملا ولو عارضته الزوجة التي على العصمة .

وحيث إن النص المطعون فيه قد دل بعبارته على أمرين ينتفيان معا قاله مصادرته للتعدد أو تقييد الحق فيه ، أولهما : أن حق الزوجة التي تعارض الزواج الجديد في التفريق بينها وبين زوجها لا يقوم على مجرد كراهيتها له أو نفورها منه لتزوجه عليها ، وليس لها كذلك أن تطلب فصم علاقتها بزوجها بإدعاء أن اقترانه بغيرها يعتبر في ذاته إضرارا بها ، وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضررا منهيا عنه شرعا قد أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها ، على أن يكون هذا الضرر حقيقيا لامتوهما ، واقعا لا متصورا ، ثابتا وليس مفترضا ، مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها وليس مترتبا عليها ، مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التي يمكن التسامح فيها شرعا ، ومنافيا لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخل بمقوماتها لينحل إساءة لها - دون حق - اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت هي باعثها ، فإن لم تكن هذه الزيجة هي المناسبة التي وقع الضرر مرتبطا بها فإن حقها في التفريق بينها وبين زوجها يرتد إلى القاعدة العامة في التطليق للضرر المنصوص عليها في المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

متى كان ذلك ، فإن النص التشريعي المطعون عليه لا يكون ناهيا عن التعدد أو معدلا لأحكامه - من خلال تحريرها - بما يخرجها من أصل وضعها ، إذ لو كان الأمر كذلك لغدا أمرا محظورا مجرد ولوج الطريق إليه ، ولكان مجرد الجمع بين امرأتين منشئا لأولاهن قرينة قانونية يفترض الضرر من خلالها ، ولا يجوز التدليل على عكسها ، ويكون التفريق بين الزوجين - بموجبها ، واقعا بقوة القانون ، وهو ما يؤول إلى إعدام السلطة التقديرية التي يملكها القاضي في تقييم الأضرار التي تدعي الزوجة إلحاقها بها ، تحديدا من جهته لأسبابها ، ونظرا منه في بواعثها وملابساتها توطئه لتقرير حكمها على ضوء المقاييس الشرعية التي لا تتغير أو تتبدل ، كذلك ليس في النص المطعون فيه ما يتضمن تعليقا لآثار الزيجة التالية على إرادة الزوجة التي تعارض بقاءها ، إذ لو كان لها ذلك ، لجاز أن تنقض بيدها الآثار التي رتبها المشرع على عقد الزواج التالي ، وأن تعطل بإرادتها سريانها في حقها حال أن العقود - وإن كان تكوينها عائدا إلى إرادة أطرافها - إلا أن آثارها من عمل المشرع وحده . ثانيهما : أن القاضي لا يجيبها إلى طلبها التفريق =

• •

= بينها وبين زوجها بتطليقها ، منه طلقة بائنة ، إلا إذا عجز عن الإصلاح بينهما ، وعليه بالتالى قبل فض علاقة الزوجية أن يسمى بينهما معروفا ، ناظرا فى أحوالهما ، مستوضحا خفاياها ، وأن يلتمس لذلك كل الوسائل التى تساق إليهما توجيها وتبصيرا وتوفيقا ـ توطئة لرفع الضرر عنها قدر الإمكان ، ويفترض هذا الجهد من القاضى ، أن يكون الخلاف بين الزوجين مما يرجى إصلاحه بتهدئه الخواطر بينهما ، وإعانتهما على تجاوز مظاهر تفرقهما ، بعد تقصى أسبابها ، والتوصل إلى حلول يقبلانها معا ، ولا كذلك الأمر إذا كان خلافها مع زوجها راجعا إلى مجرد الجمع عليها ، إذ يكون الشقاق بينهما عندئذ مترتبا على الزواج اللاحق من ذاته وناشئا عنه وحده ، وليس أمام القاضى فى مواجهته إلا أحد حلين يخرجان معا عن معنى الإصلاح وينافيان مقاصده أولهما : أن يلزمها النزول عن طلبها التفريق بينها وبين زوجها مع بقاء الزوجة الجديدة فى عصمته ، وهو لن ترضاه . ثانيهما ، أن تدعو زوجها إلى مفارقة زوجته الجديدة بالتخلى عنها ولو كان راغبا فى بقاء ، علاقة الزوجية معها لمصلحة يقدرها ، وليس ذلك يحال طريق الوسطية بين مطلبين ، ولا رأيا للصدع بين موقفين .

وحيث إن النص المطعون فيه ـ بالأحكام السابق بيانها ـ يكون قد أقام الحياة الزوجية على أسس لا تصلح إلا بها ، جاعلا معيار الضرر الذى يولد الحق فى التفريق موضوعا لا ذاتيا ، حائلا دون وقوع علاقة ـ تتعدد الزوجات فيها مع الأمن من الجور ـ فى الضيق والحرج اللذين تحرص الشريعة الغراء على دفعهما ما وسعها الجهد إلى ذلك إعمالا لقوله تعالى ﴿ ما جعلنا عليكم فى الدين من حرج ﴾ مستبعدا من مجال تطبيقه تلك الأضرار التى تعود إلى المشاعر النفسية التى تعتمل فى صدر المرأة تجاه ضرتها بإعتبار أن ما قد يقع بينهما من تباغض ، وما تحملانه لبعضهما من ضغائن تمتد إلى أولادهما ، مرجعها تلك الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد ، ولا يخلص هو لإحداهن ، وهى بعد غيرة لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها ، ولم يقصد النص المطعون فيه إلى إزالتها ، ولا يجوز تخلى بمقاصد التعدد التى تربو عليها التى يقتضيها صون عرض المرأة ونسلها حتى لا تتعرض لهوان ضياع ياع أو إبتذال بما يناقض آدميتها أو يمس عفتها ويؤول ـ بحرمانها من زوج يرعاها ـ إلى عزلتها وانكفائها على نفسها بايصاد طريقها إلى بناء أسرة تتواصل حياتها معها ، وتكون أكفل لإصلاح أمرها بما تفىء به عليها .

وحيث إن ما قيل من أن النص المطعون فيه أجاز بمفهوم المخالفة للزوجة أن تضمن عقد زواجها شرطا بألا يتزوج زوجها عليها ، منشئا بذلك قيدا جديدا على تعدد الزوجات يجاوز حدود العدل بينهن ، مردود أولا : بأن إعمال النص المطعون فيه لا يستقيم إلا بأفتراض أن الزوجة التى تقيم دعواها للتفريق بينها وبين زوجها لازال عقد زوجها منه قائما ، وأن حقها فى التفريق بينها وبين زوجها ليس معلقا على إرادتها ، بل مرتبطا بوجود ضرر محدد وفق مقاييس شرعية ، ناشئا عما أتاه زوجها معها إخلالا منه بحسن العشرة بما ينافى حدود إمساكها معروفا . وهو يعد ضرر لا يليق بأمثالهما وليس مترتبا على الزيجة اللاحقة فى ذاتها ، بل وقع بمناسبتها . متى كان ذلك ، فإن افتراض قيام المرأة التى تزوج زوجها عليها بحل عقدة النكاح بينها وبين زوجها عن طريق فسخها بإرادتها المنفردة إعمالا من جانبها لشرطها بعدم التزوج عليهابفرض وجوده فى عقدها ـ يكون غير متصور فى تطبيق أحكام النص المطعون فيه . ومردود ثانيا : بأن قاعدة الفقه الحنبلى فيما تتضمنه العقود بوجه عام من الشروط ، وما يرد منها بوجه خاص فى عقد الزواج ، هو إطلاق لا تقييدها ، وإباحتها لا منعها ، ما لم يقم دليل شرعى على غير ذلك . وهم يفرعون هذه القاعدة على مبدأ حرية التعاقد ، وأن الناس على شروطهم لا يتحولون عنها إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما . وقد أجازوا ـ وعلى ضوء نظرتهم إلى الشروط فى الأنكحة ـ شرط المرأة على زوجها ألا ينقلها . من دارها أو بلدها أو أن يكون ذا مال . =

- وقطعوا بأن شرطها ألا يتزوج عليها لا يحرم حلالا ، ذلك أن فائدة هذا الشرط تعود إليها ومنفعتها فيه ، وما كان من مصلحة العاقد كان مصلحة عقده ، وهو بعد شرط لا يخل بمقاصد النكاح التى قام الدليل الشرعى على طلبها وإذ كان إنفاذ العهد مسئولا ، وكان من المقرر أن مقاطع الحقوق عند الشروط ، فإن نكول زوجها عن تعهده بعدم الزواج عليها يكون مخالفا لقاعدتهم فى إطلاق الشروط وعدم تقييدها استصحابا لأصل إباحتها، وهى قاعدة عززوها بما نقل عن الرسول عليه السلام من أن « أحق ما أوفيتم به ، به من الشروط ما استحللتم به الفروج » . ومن ثم كان لها ـ وقد أخل زوجها بشرطها ـ وقام الدليل بالتالى على أن رضاها ـ وقد كان قواما لعقد زواجها ـ قد اختل ، الخيار بين إبقاء علاقتها الزوجية أو حلها بفسخها .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان النص المطعون فيه لا يعارض التعدد ، ولا ينظر إليه بإعتباره ذريعة إلى حرام ، ولا يتوخى كذلك بلوغ غاية ذاتها يكتنفها الإثم أو يتصل بها ، وجب القول بأن الدائرة التى يعمل فى نطاقها ، هى دائرة المضار الفعلية إذا كان مرجعها فعل أو إمتناع أتاه زوجها قبلها مرتبطا بالزيجة التالية ، ومتصلا بما يكون عليه حال العشرة بينهما بعد تزوجه عليها مما لا يأذن به الشرع أو يرخص فيه . ومن ثم يكون هذا النص منطويا على تطبيق خاص للتطليق للضرر لإفراده صورا بعينها يكون ذلك النص متعلقا بها منصرفا إليها ودائرا حولها . وهو بإعتباره كذلك يعد فرعا لأصل يرد إليه ، وليس للفرع امتياز على الأصل الذى يلحق به . ويقتضى ذلك أن يفسر النص المطعون فيه على نحو يوفق بين أحكامه وقوله تعالى ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾ وكذلك على ضوء القاعدة الكلية التى صاغها الرسول عليه السلام بقوله « لا ضرر ولا ضرار » وهى قاعدة رئيسية من أركان الشريعة الإسلامية تعددت تطبيقاتها وإن كانت محكمة فى إيجازها ، وتكشف عنها نصوص قرآنية مختلفة مواضعها منها قوله سبحانه ﴿ ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ﴾ وقوله جل علاه ، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وقوله تعالى ﴿ فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ﴾ وحكمه يفيد دفع الضرر قبل وقوعه بطريق الوقاية الممكنة ، ودفعه بعد حدوثه بما يستطاع من التدابير التى تزيله . وعلى ضوئها لا يجوز الإضرار ـ ولو على سبيل المقابلة ـ إذا كان ثأراً محضا يزيد من الضرر ولا يفيد إلا فى توسيع دائرته . كما لا يجوز أن تقدم المنافع التى يمكن جلبها على مواجهة مخاطر المفاسد ودرء عواقبها . وعنها فرع الفقهاء عددا من القواعد التى تندرج تحتها ، وتعتبر تخريجا عليها ، منها أن الضرر يدفع قدر الإمكان ، وأن الضرر يزال ، وأن الضرر لا يزال بمثله كى لا يتفاقم مداه ، وأن تزاحم ضررين يقتضى اختيار أهونهما دفعا لأعظمهما ، وأن تحمل الضرر الخاص يكون مطلوبا كلما كان ذلك لازما لرد ضرر عام .

وحيث إنه متى كان ما قدم ، وكان المالكية قد أثبتوا حدود قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » ببيان بعض تطبيقاتها فى نطاق العلاقة الزوجية ، وبتوكيدهم أن الأضرار التى تخول الزوجة حق حل عقدة النكاح بينها وبين زوجها هى التى تكون كذلك بالمقاييس الشرعية ، ولا اعتداد فى توافرها وقيام سببها بما تراه هى صوابا أو انحرافا عن الحق ، أو بما يكون كامنا فى نفسها قبل زوجها بغضا أو ازدراء أو نفورا ، وإنما مرد الأمر دوما إلى ما تقرر الشريعة الغراء اعتباره ضررا ، وكانت هذه القاعدة التى فصلها المالكية هى الأصل العام فى التطليق للضرر ، فإن النص المطعون فيه يعتبر من تطبيقاتها ، وإن كان من قبيل التنظيم الخاص لبعض صورها ، وهو تنظيم لا ينحى القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أو يعارضها ، وإنما يتقيد بإطارها العام الذى يخول كل زوجة حق التفريق بينها وبين زوجها إذا لم يعد-

مـــادة ١١ مكررا ثانيـا ـ [١] إذا امـتنعت الزوجـة عن طاعـة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع .

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها لعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن .

وللزوجة الاعـتـراض على هذا أمـام المحكمـة الابـتـدائيـة خـلال ثلاثين يومـا من

= مستطاعا ـ على ضوء الأضرار التى ألحقها بها ـ دوام العشرة بين أمثالها ، ولا منافاة فى ذلك كله لمبادىء الشريعة الإسلامية القطعية فى ورودها ودلالتها ، بل هو إلتزام أمين بها ، ذلك أن ما يصدر عن الزوج ـ إيذاء وإعناتا وقهرا ـ يعتبر تعديا عليها يحملها مالا تطيق ، ويخرج بالتالى عن نطاق الحماية الشرعية . وما النص المطعون فيه ـ فى نطاق الشرطين الموضوعيين الذين أسلفنا بيانهما ـ إلا تفريعا على هذا الأصل العام ، ولابد أن يحمل على معناه .

وحيث إن القول بأن الشريعة العامة للتطليق للضرر ، تدل بشمول معناها وتنامى تطبيقاتها على اتساعها لكل صورة بما فى ذلك تلك التى عينها النص المطعون فيه ، لا يعنى ـ وبفرض صحته ـ أن التنظيم الخاص الذى أفرده ذلك النص الصور بذاتها من الأضرار تكون الزيجة التالية هى مناسبة إحداثها ويجوز التفريق بين الزوجين بموجبها ـ قد صار مخالفا للدستور ، ذلك أن إندراج نص تشريعى معين فى المفهومالعام لنص آخر ، ومكان الإستغناء بالتالى عن الفرع لعموم الأصل ، أوثق إتصالا بالوسائل الفنية لصياغة النصوص التشريعية ، ولا ينحل من هذه الناحية وحدها ـ بالتالى ـ إلى مخالفة دستورية .

وحيث إن من المقرر أنه إذا حددت المحكمـة الدسـتورية العليـا ـ بطرق الدلالة المختلفـة ـ معنى معينا لمضمون نص تشريعى ، منتهية من ذلك إلى الحكم برفض المطاعن الدستوريةالموجهة إليه ، فإن هذا المعنى يكون هو الدعامة التى قام عليها هذا الحكم ، لتمد إليه مع المنطوق الحجية المطلقة والكاملة التى أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها فى المسائل الدستورية بإعتبارهما متضامنين وكلا غير منقسم . ولا يجوز بعدئذ لأية جهة ـ ولو كانت قضائية ـأن تعطى هذا النص معنى مغاير يجاوز تخوم الدائرة التى يعمل فيها محدد إطارها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا .

وحيث إن النص المطعون عليه ـ فى الحدود السالف بيانها ـ لا يتعارض مع أحكام الدستور من أوجه أخرى .

* وراجع أيضـا حكم المحكمـة الدسـتورية فى الدعوى رقم ١١ لسنة ١١ قـضـائيـة ، دسـتورية ، بجلسـة ١٩٩٤/٥/٧ وقضى فيها بعدم قبول الدعوى .

* وكذا حكمها الصادر بذات الجلسة فى الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١١ قضائية ، دستورية ، وقضى فيها بإنهاء الخصومة فى الدعوى والحكمان نشرا بالجريدة الرسمية فى ٢ / ٦ / ١٩٩٤ ـ العدد ٢ .

(١) المادة ١١ مكررا ثانيا مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

تاريخ هذا الإعلان ، وعليها أن تبين فى صحيفة الإعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها .

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض ، أو بناء على طلب أحد الزوجين ، التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون .

٣ـ التطليق لغيبة الزوج أو لحبسه

مــادة ١٢ ـ إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

مــادة ١٣ ـ إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها .

فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة .وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعذار وضرب أجل .

مــادة ١٤ ـ لزوجة المحبوس المحكوم عليها نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

٤ـ دعوى النسب

مــادة ١٥ : لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد الزوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة [1] .

---

(١) يلاحظ أن أدنى مدة للحمل ستة أشهر على النحو الثابت بالشرع ، أما تحديد أقصاها بسنة عدد أيامها ٣٦٥ يوماً فقد قرره المشرع الوضعى بناء على رأى الطبيب الشرعى .

٥ ـ النفقة والعدة

مـــادة ١٦ [١] ـ تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسراً على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

وللزوج [*] أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائيا ، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذى يفى بحاجتهم الضرورية .

مـــادة ١٧ ـ لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق .

كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق .

مـــادة ١٨ ـ لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره إلا بمقدار ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق .

مـــادة ١٨ مكررا [٢] ـ الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط .

---

(١) المادة (١٦) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وكان نصها قبل التعديل كالآتى : « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوجة » .

(*) مصححة بالاستدراك المنشور بالجريدة الرسمية فى ١٥ / ٨ / ١٩٨٥ ـ العدد ٣٣ .

(٢) المادة (١٨ مكررا) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

. . . .

- وطعن على هذا النص أمام المحكمة العليا الدستورية فى القضية رقم ٩ لسنة ١١ قضائية « دستورية » ، وقضت تلك المحكمة بجلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٣ برفض الدعوى (الجريدة الرسمية فى ٨ / ٧ / ١٩٩٣ـ العدد ٢٧ « تابع ») .

وجاءت مدونات هذا الحكم ـ بعد ديباجته ـ كالآتى :

بعد الإطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث إن الوقائع ـ على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق ـ تتحصل فى أن المدعى عليها الرابعة كانت قد أقامت الدعوى رقم ٩٨٦ لسنة ١٩٨٨ ـ أحوال نفس كلى الأسكندرية ـ ضد المدعى طالبة الحكم لها بمتعة تقدر بنفقة خمس سنوات وبجلسة ٢٥ / ١ / ١٩٨٩ دفع المدعى بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ، المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فقررت المحكمة تأجيل نظر الدعوى لجلسة ١ / ٣ / ١٩٨٩ وصرحت له بإتخاذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية فأقام الدعوى الماثلة .

وحيث إن مبنى الطعن ما ينعاه على النص المطعون عليه مخالفتها نص المادة الثانية من الدستور ، ولأحكام الشريعة الإسلامية على سند من أن المتعة لا تستحق للمطلقة إلا بشروط ثلاثة هى ألا يسبق الاتفاق على مهرها وألا يدخل زوجها بها ، وألا يختلى بها خلوة صحيحة قبل طلاقها ، هذا إلى أن نفقة العدة هى المقصود بالمتعة . وهى كذلك أجر لزواج محرم هو الزواج الموقوت ، فضلا عن أنها تقيد الحق فى الطلاق المعتبر خالصا للزوج ، ولايعدو تقريرها أن يكون شرطا جزائياً مترتبا على إيقاع الطلاق فى ذاته وعقابا على استعماله ، كما أن الشريعة الإسلامية لا تعرف حدا أدنى لها .

وحيث إن المادة ١٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تنص على أن « الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ، ولا بسبب من قبلها ، تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل ، وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط » .

وحيث أن النعى بمخالفة النص سالف البيان للدستور غير سديد ، ذلك أن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية بعد تعديلها ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ من سريان حكمها على التشريعات الصادرة بعد العمل بها ، ومن بينها أحكم القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ـ مؤداه أنه لا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها ، فهذه الأحكام وحدها هى التى لا يجوز الاجتهاد فيها ، وهى تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لاتحتمل تأويلا أو تبديلا ، ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان ، إذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها ، وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها ، وذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد ، أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية ، إذ هى إطارها العام وركائزها الثابتة التى تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها ، وإلا أعتبر ذلك تشهيا واهدار لما علم من الدين بالضرورة . وعلى خلاف هذا ، الأحكام الظنية سواء فى ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معا ، وذلك أن دائرة الإجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد إلى سواها . وهى تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون =

- العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا ، ولابد أن يكون هذا الاجتهاد واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها ، مقيما الأحكام العملية بالإعتماد في استنباطها على الأدلة الشرعية ، متوخيا من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال .

وحيث إن ما نعاه المدعي من مخالفة النص المطعون عليه لأحكام الشريعة الإسلامية مردود بأن أصل تشريع المتعة هو النصوص القرآنية التي تعددت مواضعها ، منها قوله تعالى ﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين ﴾ التي نجا الشافعي في أحد قوليه وكذلك الظاهرية إلى وجوبها ، وأيدهم في ذلك آخرون باعتبار أن « حقا » صفة لقوله تعالى ﴿ متاعا ﴾ وذلك أدخل لتوكيد الأمر بها ، هذا بالإضافة إلى أن عموم خطابها مؤداه عدم جواز تخصيص حكمها بغير دليل ، وسريانها على كل مطلقة سواء كان طلاقها قبل الدخول بها أم بعده ، فرض لها مطلقها مهرا أم كان غير مفروض لها . وجماهير الفقهاء على استحبابها بمقولة إفتقارها إلى أمر صريح بها . كذلك فإن تقرير المتعة وجوبا أظهر في آية أخرى إذ يقول تعالى في المطلقة غير المفروض لها مهر ولا مدخول بها « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين » بمعنى أعطوهن شيئا يكون متاعا لهن . والأمر بالإمتاع فيها ظاهر ، وإضافة الإمتاع إليهن تمليكا - عند من يقولون بوجوبها - لا شبهة فيه ، وانصرافها إلى المتقين والمحسنين لا يدل على تعلقها بهم دون سواهم ، بل هو توكيد لإيجابها باعتبار أن الناس جميعها ملزمون بالامتثال إلى أمر الله تعالى وعدم الإنزلاق في معاصيه .

وحيث إن البين من استقراء أقوال الفقهاء في شأن دلالة النصوص القرآنية الواردة في شأن « المتعة » أنهم مختلفون في نطاق تطبيقها من ناحية ، وفي وجوبها أو استحبابها من ناحية أخرى ، وما ذلك إلا لأن هذه النصوص ظنية في دلالتها ، غير مقطوع بمراد الله تعالى منها ، وجاز لولي الأمر بالتالي الاجتهاد فيها تنظيما لأحكامها بنص تشريعي بقرار أصل الحق فيها ، ويفصل شروطها استحقاقها بما يوحد تطبيقها ، ويقيم بنيانها على كلمة سواء ترفع نواحي الخلاف فيها ولا تعارض الشريعة في أصولها الثابتة أو مبادئها الكلية .

وحيث إن النص التشريعي المطعون فيه شرط لاستحقاق المتعة شرطين :

(أولهما) أن تكون المرأة التي طلقها زوجها مدخولا بها في زواج صحيح ، (وثانيهما) ألا يكون الطلاق برضاها أو من وجهتها ، وهما شرطان لا ينافيان الشريعة الإسلامية سواء في ركائزها أو مقاصدها ، وذلك أن تشريع المتعة يتوخى جبر خاطر المطلقة تطبيبا لنفسها ولمواجهة ايحاشها بالطلاق ، ولأن مواساتها من المروءة التي تتطلبها الشريعة الإسلامية ، والتي دل العمل على تراخيها لاسيما بين زوجين انقطع حبل المودة بينهما ، ولا كذلك المرأة التي تختار الطلاق أو تسعى إليه ، كالمختلعة والمبارئة ، أو التي يكون الطلاق من قبلها بما يدل على أنه ناجم عن إساءتها ، أو عائد إلى ظلمها وسوء تصرفها ، إذلا يتصور - وقد تقررت المتعة إزاء غم الطلاق - أن يكون امتاعها - في طلاق تم برضاها أو وقع بسبب من قبلها - تطبيبا لخاطرها ، ولا أن يصلها مطلقها بمعونة مالية تزيد على نفقة العدة تخفيفا لآلامها الناجمة عن الفراق ، وما قرره المدعي من أن المتعة لا تستحق إلا للمرأة غير المدخول بها قبل طلاقها ، مردود بأن الله تعالى ناط بعباده المتقين الذين يلتزمون بالتعاليم التي فرضها صونا لأنفسهم عن مخالفته ، بأن يقدموا لكل مطلقة متاعا يتمحض معروفا بما مؤداه استحقاقها الامتاع ، ولو كان ذلك بعد الدخول بها ، كذلك فإن أمهات المؤمنين المدخول بهن هن اللاتي عنتهن الاية -

مـــادة ١٨ مكررا ثانيا [1] ـ إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه .

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب ، فإن أتمها

- الكريمة التي قول فيها سبحانه وتعالى ﴿ يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ﴾ .

وحيث إنه بالنسبة لما قرره النص التشريعي المطعون عليه من أن المتعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وعلى ضوء ظروف الطلاق ومدة الزوجية ، فقد جاء النص مستهلما في ذلك قوله تعالى ﴿ ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ ومستبعدا بذلك الآراء التي تقيسها على المهر وتراعي فيها حال الزوجة بالتالي ، ومقررا حد أدنى لها في إطار التكافل الإجتماعي لضمان ألا يقل ما يعود على المرأة منها عما قدره ولي الأمر لازما لتمتيعها بعد طلاقها دون رضاها ، ومن غير جهتها ، ذلك أن غربتها بالطلاق تؤلمها وتمزق سكينتها ، وقد تعرضها لمخاطر تفوق طاقة إحتمالها ، وغالبا ما يقترن طلاقها بالتناحر والتباغض وإنقطاع المودة ، فحق ألا يكون أدناها متناهيا في ضآلته صونا للحكمة من تشريعها لا سيما أن من الفقهاء من حدد أدنى ما يجزى فيها ، ومنهم من حدد أرفعها وأوسطها ، وليس في النصوص القرآنية ما يفيد أن الله تعالى قد قدرها أو حددها ، بما مؤداه جواز تنظيمها بما يحقق للناس مصالحهم المعتبرة شرعا . ولئن كان النص التشريعي المطعون عليه لا يورد حداً أقصى لتلك المعونة المالية التي قدمها الرجل لمن طلقها ، إلا أن ذلك أدخل إلى الملاءمة التي لا تمتد إليها الرقابة الدستورية ، ولا يجوز أن تخوض فيها ،لا سيما أن من الفقهاء من يقول بأنه ليس للمعة عندهم حد معروف لافي قليلها أو كثيرها ، كذلك فإن أمر تقديريها فيما يجاوز حدها الأدنى موكول إلى المحكمة المختصة تجيل فيه بصرها معتمدة في تحديد مبلغها على أسس موضوعية لا تفرضها تحكما أو إعناتا ، من بينها أن يكون هذا التحديد دائرا مع حال مطلقها يسرا وعسرا ، إذ هي متاع تقرر معروفا ولمصلحة لها اعتبارها ، والمتقون الممتثلون لله تعالى الطامعون في مرضاته مدعوون إليها ، بل ومطالبون بها ، بإعتبارها أكفل للمودة ، وأدعى لنبذ الشقاق وإقامة العلائق البشرية على أساس من الحق والعدل ، كذلك فإن اعتداد النص التشريعي بمدة الزوجية وظروف الطلاق في مجال تقدير المتعة الواجبة ، لا يتوخى فرض قيود غير مبررة على الحق في الطلاق ، وإنما قصد المشرع ـ بإضافته هذين العنصرين إلى حال المطلق يسرا وعسرا ـ أن تكون المعونة المالية التي تتبلور المتعة في مبلغها ، واقعية قدر الإمكان بما لا افراط فيه أو تفريط، وهو ما يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق بما لا يناقض أحكام الدستور أو يخل بضوابطه .

* ـ وانظر كذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية « دستورية » الصادرة في ١٥ / ٥ / ١٩٩٣ كما سيرد .

(١) المادة (١٨ مكررا ثانيا) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

وقد طعن على هذا النص ـ في فقرته الرابعة ـ أمام المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٩ لسنة ١١ قضائية « دستورية » وقضت تلك المحكمة بجلسة ٢٦/ ٣ / ١٩٩٤ برفض الدعوى (الجريدة الرسمية في ١٤ / ٤ / ١٩٩٤ ـ العدد ١٥) .

عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده ، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه .

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم .

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم .

= وجاء نص الحكم - بعد الديباجة كالآتى :

بعد الإطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع - حسبما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الأولى قد أقامت ضد المدعى الدعوى رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٤ أمام محكمة المنشية للأحوال الشخصية طالبة الحكم بنفقة لإبنتها منه أمل المولودة فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٧٣ ، إلا أن المدعى أنكر نسب هذه البنت إليه ، فقررت المحكمة وقف نظر الدعوى حتى يفصل فى النزاع حول النسب ، فأقامت المدعى عليها الأولى الدعوى رقم ٢٣٥ لسنة ١٩٧٤ كلى أحوال شخصية الأسكندرية بطلب الحكم بثبوت نسب الصغيرة أمل إلى المدعى فى الدعوى الماثلة ، وإذ قضى لها بذلك ، فقد طعن المدعى فى هذا الحكم بالاستئناف رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٦ شرعى عالى الاسكندرية الذى خلص إلى قبول الإستئناف شكلا ورفضه موضوعا وتأييد الحكم المستأنف ، فطعن المدعى فى هذا الحكم بالطعن رقم ٨٥ لسنة ٥٧ قضائية أحوال شخصية أمام محكمة النقض التى قضت بجلسة ٢٤ يناير سنة ١٩٨٩ بعدم قبول الطعن . وقامت المدعى عليها الأولى بإتخاذ إجراءات تجديد نظر دعواها رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٤ المشار إليها حيث قضت فيها محكمة المنشية بتاريخ ٢٣ فبراير سنة ١٩٨٩ بإلزام المدعى ، أن يؤدى لها اعتبارا من ٧ ديسمبر سنة ١٩٧٣ ثلاثين جنيها أجر حضانتها للصغيرة أمل حتى تنتهى حضانتها لها شرعا أو قانونا ..... فطعن المدعى والمدعى عليها الأولى فى هذا الحكم بالاستئنافين رقمى ٢٣٥ ، ٢٤٧ لسنة ١٩٨٩ أحوال شخصية الأسكندرية . وبعد ضم الاستئنافين لنظرهما معا ، دفع المدعى بعدم دستورية نص المادة ١٨ مكررا ثانيا المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، فقدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع وصرحت برفع الدعوى الدستورية ، فأقام الدعوى الراهنة .

وحيث إن المادة ١٨ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، تنص على ما يأتى :

فقرة أولى : إذا لم يكن للصغير مال ، فنفقته على أبيه .

فقرة ثانية : وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها ، وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادرا على الكسب المناسب ، فإن أتمها عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية ، أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده ، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب ، استمرت نفقته على أبيه .

فقرة ثالثة : ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره ، وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم . =

. . . .

= فقرة رابعة : وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ الامتناع عن الإنفاق عليهم .

وحيث إن البين من الأوراق أن المدعى قد أقام دعواه الدستورية ناعيا على الفقرة الرابعة من المادة ١٨ مكررا ثانيا ـ سالفة الذكر ـ مخالفتها نص المادة الثانية من الدستور التى توجب الرجوع إلى مبادىء الشريعة الإسلامية فيما تقره السلطة التشريعية من قواعد قانونية ، تأسيسا على أن هذه المبادىء قيد عليها لا يجوز لها التنصل منه ، وأن أئمة المذهب الحنفى قد أجمعوا على أن نفقة الأولاد لا تستحق عن مدة ماضية بإعتبار أن مناطها الحاجة فلا يلتزم الأب بها عن المدة السابقة على فرضها قضاء ، ولازال هذا المبدأ قائما عملا بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ـ حتى بعد إلغاء عديد من نصوصها ـ إذ تحيل المادة ٢٨٠ منها فيما يجب العمل فى نطاق المسائل التى تنظمها إلى أرجح الآراء فى مذهب أبى حنيفة وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيها .

وحيث إن الأصل فى المصلحة الشخصية المباشرة ـ وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية ـ هو أن يكون ثمة أرتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية وذلك بأن يكون الحكم الصادر فيها مؤثرا فى الطلب الموضوعى المتصل بها والمطروح على محكمة الموضوع . متى كان ذلك ، وكان الطعن الماثل منحصرا فى الفقرة الرابعة من المادة ١٨ مكررا ثانيا المشار إليها ، فإن المسألة الدستورية التى تدعى هذه المحكمة للفصل فيها إنما تتحدد بها دون غيرها ولا تمتد لسواها .

وحيث إن تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الدينية والاجتماعية والأوقاف فى شأن مشروع القانون المقدم إلى مجلس الشعب بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، يدل على أن هذا المشروع أدرج ضمن أحكامه المادة ١٨ مكررا ثانيا بفقراتها الثلاث ، أما الفقرة الرابعة ـ المطعون عليها ـ فقد أضيفت إليه بناء على اقتراح من أحد أعضاء مجلس الشعب إبان الفصل التشريعى الرابع من دور الإنعقاد العادى الأول لهذا المجلس ، وقد أشار هذا العضو إلى أن سبب إضافتها هو ، أن المحاكم جرت على أن فرض نفقة الأولاد يبدأ من تاريخ الحكم بها ، وليس من تاريخ امتناع الاب عن الإنفاق ، وهذا يؤدى إلى بقاء الأم الحاضنة جريا بين المحاكم لمدة سنة أو سنتين قد لا تستطيع خلالها الإنفاق على أولادها مما يضطرهم إلى الإستدانة إراقة ماء وجهها ، . ولا تدل الأعمال التحضيرية للنص التشريعى المطعون عليه على اعتراض أحد من أعضاء المجلس النيابى عليها . كذلك خلت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية مما يعين على تحديد مراميها . بيد أن هذا النص ـ الذى لم تكن تتضمنه قوانين الأحوال الشخصية السابقة عليه ـ قاطع فى الدلالة على أمرين : أولهما : أن نفقة الولد تكون دينا فى ذمة أبيه منذ امتناعه عن أدائها مع وجوبها ، وأن لولده بالتالى ـ وبالشروط المنصوص عليها فى الفقرات الثلاث من المادة ١٨ مكررا ثانيا سالفة البيان ـ أن يقيم دعواه لطلبها وله أن يقتضيها عن أية مدة سابقة على الحكم بها ، ولو استطال زمنها ، ثانيهما : أن الفقرة الرابعة من المادة ١٨ مكررا ثانيا ـ وهى النص المطعون عليه ـ وقد جاء حكمها مطلقا من قيد الزمان ـ لا يجوز تقييدها بالقيد الذى أورده المشرع فى شأن المدة التى لا يجوز بعدها للزوجة أن تقتضى النفقة من زوجها ، ذلك أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية وإن استعاض عن نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص ببعض أحكام النفقة ومسائل الأحوال الشخصية بنص جديد يعتبر نفقة الزوجة دينا على زوجها من تاريخ امتناعه عن إيفائها مع وجوبها ، وقرن ذلك بعدم جواز سماع دعواها عن =

. . . .

= مدة ماضية تزيد على سنة نهايتها تاريخ رفعها ، إلا أن حكم هذا النص خاص بنفقتها هي التى تستحق لها مقابل احتباسها لحق زوجها عليها وإمكان استمتاعه بها ، ولا يعتبر بالتالى منصرفا إلى سواها .

وحيث إن من المقرر أنه إذا كان الصغير ذا مال حاضر ،فإن نفقته تقع فى ماله ولا تجب على أبيه ، فإذا لم يكن له مال يكفيه ، فإن وجوبها على أبيه وانفراداه بتحملها بقدر احتياج الولد لها ، قاعدة ثابتة لا تأويل فيها ، ولا يجادل المدعى فى أصل الحق فى النفقة ، ولا فى أن نفقة الولد على أبيه غير مقدرة بنفسها ، بل بكفايتها . وليس ثمة مطعن من جهته فى مشروعية شروط استحقاقها التى تطلبتها المادة ١٨ مكررا ثانيا بفقراتها الثلاث ، وإنما تدور دعواه الدستورية حوال جواز ثبوتها دينا فى ذمة الوالد عن فترة ماضية غير قصيرة إذا لم يكن ثمة تراض بها أو قضاء بفرضها ، ذلك أن الأصل عنده أن نفقة الصغير لا تكون دينا فى ذمة أبيه إلا من تاريخ الحكم بها أخذا بما قرره الحنفية ومن قال برأيهم من الفقهاء ، وإذ عدل النص التشريعى المطعون عليه عن هذه القاعدة التى تستمد أصلها من مبادىء الشريعة الإسلامية ،فقد غدا مخالفا لنص المادة الثانية من الدستور التى تنص على أن الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية وأن مبادىء الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع .

وحيث ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية - بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠ - من أن مبادىء الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية إلتزامه فى التشريعات الصادرة بعد العمل بالتعديل الدستورى المشار إليه - ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها ، بإعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الإجتهاد فيها ممتنعا ، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلا أو تبديلا . ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان ، إذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الإلتواء بها عن معناها . وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها . ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية إذ هى إطارها العام وركائزها الأصلية التى تفرض متطلباتها دوما، بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها ، وإلا اعتبر ذلك تشهيا وإنكارا لما علم من الدين بالضرورة ، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو هما معا ، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها ، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيوتها ، ولمواجهة التوازن على إختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة ، على أن يكون الإجتهاد دوما واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها ، ملتزما ضوابطها الثابتة ، متحريا مناهج الإستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها ، كافلا صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال .

وحيث إن أية قاعدة قانونية ولو كان العمل قد استقر عليها أمدا ، لا تحمل فى ذاتها ما يعصمها من العدول عنهاوإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكما شرعيا قطعيا ورودا ودلالة ، وتكون فى مضمونها أرفق بالعباد وأحفل بشئونهم وأكفل لمصالحهم الحقيقة التى يجوز أن تشرع الأحكام لتحقيقها ، وبما يلائمها . فذلك وحده طريق الحق والعدل وهو خير من فساد عريض . ومن ثم ساغ الإجتهاد فى المسائل الإختلافية التى لا=

- يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها . وليس الإجتهاد إلا جهدا عقليا يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية ، وهو بذلك لا يجوز أن يكون تقليدا محضا للأولين ، أو إفتراء على الله كذبا بالتحليل أو التحريم فى غير موضعيهما ، أو عزوفا من النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم . وإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه توصلا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده ، مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية ، إذهى غير منغلقة على نفسها ، ولا تضفى قدسية على أقوال أحد من الفقهاء فى شأن من شئونهم ، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدالها بغيرها ، فالاراء الاجتهادية ليس لها - فى ذاتها - قوة ملزمة متعدية لغير القائلين بها ، لا يجوز بالتالى إعتبارها شرعا ثابتا متقررا لا يجوز أن ينقض ، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى ، وإنكارا لحقيقة أن الخطأ محتمل فى كل إجتهاد ، بل إن من الصحابة من تردد فى الفتيا تهيبا . ومن ثم صح القول بأن إجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالإتباع من إجتهاد غيره . وربما كان أضعف الآراء سندا ، أكثرها ملاءمة للاوضاع المتغيرة ولو كا مخالفا لأقوال استقر عليها العمل زمنا . ولئن جاز القول بأن الإجتهاد فى الأحكام الظنية وربطها بمصالح الناس - عن طريق الأدلة الشرعية النقلية منها والعقلية - حق لأهل الاجتهاد ، فأولى أن يكون هذا الحق ثابتا لولى الأمر يستعين عليه - فى كل مشألة بخصوصها وبماى يناسبها - بأهل النظر فى الشئون العامة ، إخمادا للثائرة وبما يرفع التنازع والتناحر ويبطل الخصومة ، على أن يكون مفهوما أن اجتهادات السابقين لايجوز أن تكون مصدرا نهائيا أو مرجعا وحيدا لاستمداد الأحكام العملية منها ، بل يجوز لولى الأمر أن يشرع على خلافها وأن ينظم شئون العباد فى بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله مستلهما فى ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة هى تلك التى تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها ، وهى بعد مصالح لا تتناهى جزئياتها أو تنحصر تطبيقاتها ، ولكنها تتجدد تبعا لما يطرأ عليها من تغيير وتطور . ومن ثم كان حقا عند الخيار بين أمرين ، مراعاة أيسر هما ما لم يكن إثما ، وكان واجبا كذلك ألا يشرع ولى الأمر حكما يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسرا ، وإلا كن مصادما لقوله تعالى ﴿ ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج ﴾ . ولازما ذلك أن الإجتهاد حق لولى الأمر فى الدائرة التى شرع فيها ، ليكون كافلا وحده الشريعة ميسرا لقواعدها ، بإمدادها دوما بما يعين على اكتمال نمائها .

وحيث إنه ليس ثمة نص قطع ييقرر حكما فاصلا فى شأن جواز اقتضاء الولد لنفقته عن المدة الماضية غير القصيرة ، ومن ثم يكون طريق الاجتهاد فى هذا النطاق مفتوحا ، فلا يصد لجتهاد اجتهادا أو يصادره ، ولا يقابل اجتهاد على صعيد المسائل التى تنظم الأسرة بغيره إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها ، بما لا يناقض شريعة الله ومنهاجه .

وحيث إنه وإن كان الحنفية ومن نحا نحوهم ، قد ذهبوا إلى أن نفقة الولد عن المدة الماضية لا تكون واجبة ، ولا يتصور الابراء منها قبل ثبوتها دينا فى ذمة أبيه ، وانها لا تكون كذلك إلا إذا كان ثمة تراض بها أو كان القاضى قد فرضها ، إلا أنهم فى اتجاهم هذا يفترضون أن مضى هذه المدة دون المخاصمة عنها أو التراضى بشأنها لا يدل على استغناء الولد عن استيفائها باعتبار أن الصغير أو الولد البالغ العاجز قد دبر أمره ووجد ما يكفيه خلال المدة الماضية ، بما يغنيه عن النفقة التى تتطلبها من أبيه ، وليس له من بعد ابرامه منها لعدم ثبوتها فى جانبه ، ولا أن يعود إلى اقتضائها بعد أن سقط الحق فيها إذ الساقط لا يعود . =

. . . .

= وحيث إن هذا الافتراض الذى انبنى عليه الرأى السابق ، لا يستقيم فى كل الأحوال ، ولا يعكس الصور الأكثر وقوعا فى الحياة العملية ، ولا دليل على أن القول به أوفق لصالح الأسرة وأكفل لدعم التراحم بين أفرادها ، وهو كذلك يناقض جوهر العلاقة بينهم ، وقد يقوض بنيانها . وتغير الزمان يدعو إلى العدول عن هذا الاجتهاد إعمالا للمرونة التى تسعها الشريعة الرسلامية فى أحكامها الفرعية المستجيبة للتطور توخيا لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة وأعرافهم المتغيرة التى لا تصادم حكما قطعيا ، وهى مرونة ينافيها أن يتقيد ولى الأمر بآراء بذاتها لا يريم عنها ، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية تكون المصالح المعتبرة شرعا قد جاوزتها . وتلك هى االشريعة الإسلامية فى أصولها ومنابتها ، متطورة بالضرورة ، نابذة الجمود ، لا يتقيد الاجتهاد - وفيما لا نص عليه فيها - بغير ضوابطها الكلية ، وبما لا يعطل مقاصدها . وفى هذا الاطار يكون العدول عن الافتراض الذى قال به الحنفية ومن اتبعهم لازما عقلا ، ومطلوبا ديانة ، ومحققا لمصالح لها اعتبارها . ذلك أنه لا نزاع فى أن نفقة الولد على أبيه لا يتحملها سواه ولا يشارك فيها غيره . ولئن صح القول بأن علاقة الشخص بذوى قرباه - من غير أبنائه - تقوم فى جوهرها على مجرد الصلة - ولو لم تكن صلة محرمية - إلا أن الولد بعض من أبيه أو هو جزؤه الذى لا ينفصل عنه ، وإليه يكون منتسبا فلا يلحق بغيره . وهذه الجزئية أو البعضية مرجعها إلى الولادة ، وليس ثمة نفع يقابلها ليكون فيها معنى العوض، ومن ثم كان اختصاص الوالد دون غيره بالإتفاق على عياله ثابتا لاجدال فيه ، بإعتبار أن الإنفاق عليهم كإنفاق الوالد على احتياجاته هو صونا لحياته . ولأن عجزهم عن النظر لأنفسهم والقيام على حوائجهم يفرض بذاته نفقتهم التى لا يجوز لأبيهم أن يحجبها عنهم إعمالا لقوله عليه السلام « كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت » . وإذا كان متعينا على الوالد إيفاء نفسه حقها توقيا لإهلاكها ، فإن سعيه لضمان مئونة أولاده - وهو بعض منه - يكون واجبا باعتبار أن الحاجة داعيه إليه ، والمصلحة تقتضيه . والأصل فى الولد - إذا كان بالغا عاجزا عن الكسب - حقيقة أو حكما - ألا يكون مغاضبا لأبيه أو عصيا حتى يتخلى والده عنه ، فإن كان صغيرا فإن الإنفاق عليه أولى موالاة لشئونه وإصلاحا لأمره . وسواء كان الولد بالغا أو صغيرا ، فإن حبس النفقة عنه - لمجرد فوات مدة غير قصيرة على طلبها - لا يعدو أن يكون إعناتا منطويا على التضييق عليه بإنكار نفقة لازمة لحاجاته الضرورية المعجوز عن تحصيلها . ولامراء فى أن دين هذه النفقة يكون مستحقا فى ذمة أبيه منذ قيام سببها ، ذلك أن الحقوق لا تنشأ إلا مترتبة على موجباتها التى يعكسها أن الولد ليس له مال يكفيه لسد الخلة - بمعنى دفع الحاجة - وبمقدار ما يكون من النفقة معروفا ، ولا يجوز بالتالى إسقاطها بعد قيام الحق فيها إلا بإيصالها إلى ذويها أو بالإبراء منها . ومجرد تراكمها عن مدة ماضية ليس كافيا بذاته لترجيح قاله العدول عنها ، إذ هى نفقة شرعية تقتضيها الضرورة ، وبمراعاة أن مبلغها ليس سرفا زائدا عما اعتاده الناس ، وإن وجب ألا تقل عن حد الكفاية محددا لأولاده على ضوء ما يليق بأمثالهم . ومن هذه الزاوية قيل بأن الوالد وإن علا لا يحبس فى دين لولده وإن سفل إلا فى النفقة ، لأن فى الإمتناع عنها مع وجوبها ضياع لنفس مستحقها وإتلاف لها .

وحيث إن قول الحنفية بأن التراخى عن إقتضاء نفقة الولد عن مدة ماضية هو نزول ضمنى عنها يحول =

= بعدئذ دون فرضها قضاء عما يكون قد تجمد منها خلال تلك المدة ، لا يعدو أن يكون إحداثا من جانبهم لقرينة قانونية قاطعة لا يجوز هدمها ولو قام الدليل على نقيضها . وهى بعد قرينة لا يظاهرها واقع الحال. والقول بها حمل للولد على أن يلاحق أباه دوما وأن يقاضيه عن كل مدة يسيرة. وهى تلك التى لا يطول زمنها بما يجاوز الشهر عند أكثر الفقهاء. لاقتضاء النفقة التى يستحقها منه خلالها ، وليس ذلك إلا تمزيقا أو على الأقل إضعافا لصلة كان يجب أن تتواصل بين الولد وأبيه لأن فصمها أو الحض على قطعها يعد حراما لا شبهة فيه . فقد دعا الله الولد أن يكون مصاحبا لوالديه فى الدنيا معروفا ، رؤوفا بهما. لا مخاصما أو مناجزا. ولو منعاه ما يستحق . وإدرار النفقة عليه وبقدر كفايته. وعن أية مدة لم يتم الوفاء بها خلالها. أكفل لحياته وأحفظ لعرضه وعقله . وهو كذلك أدخل إلى تربيته وتقويم اعوجاجه بما يرده دوما إلى قيم الدين وتعاليمه . وقد يتحمل الولد مشاق الحياة صابرا عليها ولا يقاضى أباه عن المدة القصيرة برا بوالديه ، وإحسانهما إليه مفترض ، وقد يكون مؤملا زوال جفوة طارئة بين أمه وأبيه ليعود الوئام بينهما . وربما امتنع الأولاد عن سؤال الناس إلحافا رحمة بأبيهم ولو تحرجوا زمنا من الحصول منه على ما يغنيهم . وذلك كله من مقاصد الشريعة الغراء وأنبل غاياتها . وإذا كان للأم أن تأخذ من مال زوجها ما يعينها هى وأولاده منها معروفا إعمالا لقوله تعالى ﴿ لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ﴾ كان لولى الأمر أن يعمل على إيفائها النفقة التى يستحقها الأولاد ، طال زمنها أو قصر. ولو استدانت بغير إذن القاضى لإشباع حاجاتهم الضرورية. وذلك توكيدا لوجوبها بعد نشوء الحق فيها . وقوله عز وجل ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ هو إخبار منه تعالى عن وجوب نفقة الأولاد مطلقا من قيد الزمان ، ولا يجوز تقييد المطلق بغير دليل وإلا كان ذلك تأويلا غير مقبول ، ولأن المأمور به وجوبا يكون نفعه غالباً . وليس معروفا بحال أن يكون مطل الوالد مضيعا للنفقة عن المدة الماضية ذلك أن فواتها قد يكون عائدا إليه بالوعود التى يبذلها لبنيه . ولا يعدو هذا المطل أن يكون ظلما يلحق الضرر بعياله . والقاعدة الثابتة أنه لا ضرر ولا ضرار ، وهى قاعدة لازمها ألا يفيد الوالد من خطئه وأن يرد عليه قصده ، ونصها يفيد دفع الضرر قبل وقوعه ، ورده بعد حدوثه ، واختيار أهون الشرين دفعا لأعظمهما . وحمل الوالد على إيفاء النفقة التى حجبها. عنادا أو إهمالا. عن أولاده ، هو إلزام بما هو لازم بعد أن منعهم منها دون حق ، وأهدر أصل وجوبها لأولاده المحتاجين إليها . وإذا كان الأصل فى الضرر أن يزال وكان من المقرر كذلك أن الضرر لا يكون قديما فلا يتقادم ، فإن تولى الأمر أن يفرض على الوالد نفقة أولاده. عن المدة السابقة التى ماطل خلالها فى الوفاء بها. استحابا لأصل إستحقاق الديون بمجرد نشوئها دينا فى الذمة ، ودفعا لضرر ينال من أولاده وقد يكون جسيما فى مداه . ولا يجوز بالتالى أن يكون فوات الزمن حائلا دون استحقاق النفقة الواجبة ، ولا أن يتخذ الوالد من قدمها ذريعة لإسقاطها بعد ثبوتها . ومقابلة ظلم الوالد بالعدل ليس إلا حقا تقتضيه المصلحة وواجبا تفرضه الضرورة . وإذا كان الحنفية ومن تبعهم يقولون إن النفقة تكون واجبة شيئا فشيئا وفق مرور الزمان تأصيلا من جانبهم لسقوطها بمضى المدة غير القصيرة بمقولة إن فواتها دليل انقطاع احتياج الولد إلى نفقته ، إلا أن قيد الزمان فى ذاته. ومجردا من أى إعتبار آخر. لا يجوز أن يكون مفوتا للحق فى النفقة نافيا استحقاق ما يكون قد تجمد منها ، ولأن الحقوق لا تسقط عن أصحابها إلا بإرادة النزول عنها ، وهى إرادة لا تفترض ، بل يجب أن يقوم الدليل عليها قاطعا ، وبوجه خاص فى الأحوال التى تكون فيها قالة النزول عن الحق ترشيح لضياع نفس أو تعريضها لمخاطر داهمة » . =

مـــادة ١٨ مكررا ثالثـا (١) ـ على الزوج المطلق أن يهـيـيء لصـغـاره من مطلقـتـه ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة ، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة .

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة .

= وحيث إن ما قرره المدعي ـ مؤيدا فى ذلك بأقوال نفر من الفقهاء ـ من أن نفقة الوالد على أبيه لا تجب إلا من تاريخ الحكم بها ، ربما كان ملائما بمقاييس زمانهم حيث كان الوازع الدينى قويا وكان أمرا ميسرا كذلك اللجوء إلى قاض يوفر حلا ناجزا بعد فترة وجيزة من عرض النزاع عليه . وقد دل تغير الزمان على تراخى الهمم وخور العزائم وفساد الضمائر ، ولم يعد بعض الآباء رفقاء بأبنائهم أحفياء بهم ، وتعين بالتالى أن يكون الحكم الشرعى دائرا مع تغير الزمان والمكان والأحوال والأشخاص ، ولأن الأصل فيما يعد معروفا فى مجال النفقة ، إنما يكون عائدا إلى كل جهة بالنظر إلى ما يكون غالبا بين أهلها . وما نراه اليوم هو أن الخصومة القضائية التى يقيمها الولد على أبيه للحصول منه على نفقته التى تكفيه ، قد تكون من قبل أبيه لددا ، وقد تتعقد إجراءاتها ويتراخى الفصل فيها فلا يصدر الحكم بها إلا بعد زمن يطول أو يقصر ، وهو ما يعنى سقوطها ـ وفق أقوال هؤلاء الفقهاء ـ عن المدة السابقة على تقريرها . وليس ذلك تحصيلا للنفقة التى يستحقها الولد وطلبها وأقام الدليل عليها ، بل هو إهدار لأصل وجوبها لسبب لا يرجع إليه . هذا إلى أن الأصل فى نفقة الولد المحتاج إليها ، أن قوامها الجزئية التى لا تنفصم عراها بين الولد وأبيه بمضى الزمان . كذلك فإن الحكم بالنفقة ـ وقد قام سببها من قبله ـ لا يعدو وأن يكون مظهرا للحق فيها كاشفا عنه ، وليس منشئا لوجوده من العدم أو خالقا ، ذلك أن ثبوت نفقة الولد دينا فى ذمة أبيه يعتبر أثرا مترتبا على اكتمال وجوبها ولو كان تدخل القاضى لازما لتحديد مقدارها عند النزاع فيه . ولقد قال المالكية بما يفيد جواز تحصيل النفقة عن مدة ماضية ، إذ يبين من بعض أقوالهم أنه إذا رفع الولد مستحق النفقة دعواه عما يكون متجمدا منها فى الماضى إلى حاكم لا يرى السقوط بمضى الزمن ، فإن قضاءه بلزومها لا يعنى أنه فرضها عما يأتى مستقبلا من الزمان ، إذ لا يجوز للحاكم أن يفرض شيئا على الدوام قبل وقته .

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان دستور جمهورية مصر العربية قد نص فى مادته التاسعة ـ وأحكامه متكاملة لا تنافر فيها ـ على أن الأسرة قوامها الدين والأخلاق والوطنية ، وأن صون طبعها الأصيل ـ بما يقوم عليه من القيم والتقاليد ـ يعد التزاما على الدولة عليها أن تعمل على تنميته وتوكيده داخل المجتمع ، وكان ما قرره الدستور على هذا النحو ليس إلا تثبيتا لضرورة العمل على وحدة الأسرة وفرض تماسكها بما يصون قيمها ويرسيها على الدين والخلق القويم ضمانا للتواصل والتراحم والتناصف بين أفرادها ـ وهو ما سعى إليها النص المطعون فيه ـ فإنه لا يكون مخالفا للدستور .

(١) المادة (١٨ مكررا ثالثا) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

وقد طعن على هذا النص أمام المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية ، دستورية ، وقضت بجلسة ٦ / ١ / ١٩٩٦ . بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثالثا ـ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ـ إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض =

ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها .

فإذا انتهت مدة الحضانة فالمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا .

= أحكام الأحوال الشخصية ، وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من :

أولا : إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفى لسكناهم ، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ، مؤجرا كان أم غير مؤجر .

ثانيا : تقييدها حق المطلق - إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا - بأن يكون إعداده مسكنا مناسبا لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ، واقعا خلال فترة زمنية لا يتعداها ، نهايتها عدة مطلقته . (الجريدة الرسمية فى ١٨ / ١ / ١٩٩٦ - العدد ٣)

وجاءت مدوناته - بعد الديباجة - كالآتى :

بعد الإطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الثالثة ، كانت قد أقامت الدعوى رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٥ مدنى كلى مساكن الإسكندرية ضد المدعى ، بطلب تمكينها وابنته منها - المحضونة لها - « نجلاء » من مسكن الزوجية المبين بالأوراق ، وبجلسة ١٥ / ١٠ / ١٩٨٥ - المحددة لنظر تلك الدعوى - دفع المدعى بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، وبجلسة ١٠/ ١٢ / ١٩٨٥ صرحت محكمة الموضوع للمدعى - بعد تقديرها لجدية دفعه - بإقامة الدعوى الدستورية ، فرفعها .

وحيث إن المدعى ينعى على المادة (١٨) مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - المشار إليهما - مخالفتهما للمادتين (٢ ، ٣٤) من الدستور ، تأسيسا على أن الإسلام - وفقا لنص المادة الثانية من الدستور - هو دين الدولة ، وأن الشريعة الإسلامية - فى مبادئها - هى المصدر الرئيسى للتشريع ، وأن الطلاق - وهو مقرر للزوج بنص شرعى - لا يجوز تقييده بما يمس أصل الحق فيه ، ذلك أن الحق فى الطلاق مكفول لكل زوج حملا على أحوال المسلمين بافتراض صلاحهم وتقواهم ، وهم لا يمارسون هذا الحق انحرافا ، أو إلتواء ، أو إضرارا ، بيد أن النص المطعون فيه ، صاغ القواعد التى قررها ، ممالأة منه لفئة لا تعنيها إلا مصالحها الضيقة التى لا يحميها الشرع ، محملا من يباشرون ذلك الحق - ويقصد تقييده - بأعباء مالية ونفسية تدفعهم إلى العدول عنه ، ولو قام موجبه ، حال أن الطلاق أمر عارض على الحياة الزوجية ، ولا يلجأ الزوج إليه إلا إذا صار استمرارها والتوفيق بين الزوجين - رأبا لصدعها - مستحيلا أو متعذرا ، بما مؤداه أن النص المطعون فيه لا يبلور إلا تيارا دخيلا يتوخى هدم الحقوق لا إعمالها ، توهما لخصومة بين طرفين ، وإهدارا لقوامة الرجل على المرأة ، وإنفاذا لمساواة مغلوطة بينهما ، وانحيازا لقيم مستوردة بتغليبها على حقائق الدين ، وتهوينا لاستقرار الأسر داخل مجتمعنا بقصد إضعافها ، وتعقيدا لأزمة طاحنة فى الإسكان ، بدلا من الحد منها =

....

= تخفيفا لوطأتها ، بعد أن استعر لهيبها ، ونشز عنها نوع من الجرائم لم يكن مألوفا من قبل ، وليس إلزام المطلق بأن يوفر لصغاره من مطلقته سكنا مناسبا ، إلا تكليفا بمستحيل فى ظل أزمة الإسكان هذه ، التى تحول بضغوطها - التى عمّقها النص المطعون فيه - دون مباشرة الرجل للحق فى الطلاق ليغدو وهما ، يؤيد ذلك أن حمل المطلق على التخلى عن مسكن الزوجية ، بعد أن أعده مستنفذا كل ما ادخره ، ناهيك عن الديون التى لا زال يرزح تحتها ، يعنى أن يصبح هائما شريدا .

وكان من المفترض - وقد التزم شرعا بالإنفاق على صغاره - أن تكون نفقتهم مبلغا من المال ، غير أن النص المطعون فيه ، استعاض عن تمليكها بالتمكين منها ، مخالفا بذلك ما كان عليه العمل من قبل ، متجاهلا حدة أزمة الإسكان ، وهو ما قام الدليل عليه من قصره مجال تطبيق الأحكام التى أقرها ، على حل رابطة الزوجية بالطلاق دون غيره من فرق النكاح ، فكان عقابا باهظا واقعا على المطلق ، محملا إياه بأعباء ينوء بها ، متمحضا إضرارا منهيا عنه شرعا ، لقوله تعالى ﴿ لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده ﴾ . وهو ما يعنى أن الولد لا يجوز أن يكون سببا لإلحاق الضرر بأبيه ، وقد كان هو سببا لوجوده ، ليكون استقلال الصغار من دون أبيهم بمسكن الزوجية ، إثما وبغيا .

وفضلا عما تقدم ، فقد أخل النص المطعون فيه بحرمة الملكية ، ذلك أن صغار المطلق يستقلون من دون أبيهم بسكناه ، ولو كانت عينا يملكها ، ليحرم من الانتفاع بها ، وإلى أن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكنا بديلا عنها ، فى الآجال التى ضربها المشرع .

وحيث إن المادة ١٨ مكررا ثالثا - المطعون عليها - تنص على ما يأتى :

(على الزوج المطلق أن يهيء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب ، فإذا لم يفعل خلال فترة العدة ، استمروا فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة) .

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر ، كان من حق الزوج المطلق ، أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد إنقضاء مدة العدة ، ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية ، وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ، ولها .

فإذا انتهت مدة الحضانة ، فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده ، إذا كان من حقه الإحتفاظ به قانونا .

وللنيابة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه ، حتى تفصل المحكمة فيها .

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ثمة إرتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى المسائل الدستورية لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها ، والمطروحة على محكمة الموضوع ، متى كان ذلك ، وكانت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص ، تكفلان لصغار المطلق وحاضنتهم ، الإستقلال بمسكن الزوجية فى الآجال والأحوال المبينة بهما ، وكانت فقرتها الثالثة تقرر التزاما تخييريا يكون به المحل متعددا ، ومن ثم تتضامن هذه المحال فيما بينها ، لتبرأ ذمة المدين بالوفاء بأيها - بافتراض استيفاء كل منها للشروط التى تطلبها القانون فيه - سواء أكان الخيار للمدين - وهذا هو الأصل عملا بنص المادة ٢٧٥ من القانون المدنى - أم كان الخيار للدائن بناء على اتفاق فيما بين العاقدين ، أو إنفاذا لنص =

-..

= في القانون ، مثلما هو مقرر بالفقرة الثالثة من النص المطعون فيه ،التى تخول الحاضنة- وبافتراض نيابتها عن المحضونين- الخيار بين الاستقلال بمسكن الزوجية ، وبين أن يقدر القاضى أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها ، وهو ما يفيد إمكان رفضها الحصول على هذا الأجر ، وطلبها مسكن الزوجية ، لتقوم المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى فى الطعن على المادة ١٨ مكررا ثالثا- المشار إليها- بفقراتها الثلاث دون غيرها .

ذلك أن فقرتها الرابعة ، تخول المطلق أن يعود بعد إنتهاء حضانة صغاره إلى مسكن الزوجيةإذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا ، وهو ما يتمحض لمصلحته كذلك فإن فقرتها الأخيرة لا تفصل فى موضوع الحقوق المدعى بها ، ولكن فى منازعات الحيازة التى يكون مسكن الزوجية مدارها ، ليكون قرار النيابة فى شأنها وقتياً ، فاصلاً فيما يستبين لها من أوضاع الحيازة على ضوء ظاهر الأمر فيها ، وهو ما تراجعها فيه المحكمة ذات الاختصاص للفصل فى ثبوت الحيازة لأحد الطرفين المتنازعين ، دون إخلال بأصل الحق المردد بينهما .

وحيث إن البين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب ، المعقودة فى أول يوليو سنة ١٩٨٥ ، أن آراء عديدة أبداها رئيس المجلس وأعضاؤه فى شأن نص المادة ١٨ مكررا ثالثا ، سواء بتأييد مشروعها ، أو الإعتراض على بعض جوانبه لتقييده .

وقد رفض المجلس بوجه خاص اقتراحين قدما إليه ، أولهما- ألا يستقل صغار المطلق وحاضنتهم بمسكن الزوجية ممن دونه إذا كان لها مسكن تقيم فيه ، أو كان للصغار مال يكفيهم للإنفاق منه لتدبير مسكن يضمهم مع حاضنتهم ، وثانيهما- أن يختص كل من المطلق وصغاره بجزء مستقل من مسكن الزوجية ، توفيقا بين مصالحهم ، ودفعا لتعارضهما .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للنص المطعون فيه ، أن وقوع الطلاق يثير فيما بين الزوجين نزاعا حول مسكن الزوجية ، وهل يخلص لصغار المطلق وحاضنتهم ، أم لأبيهم من دونهم باعتباره المتعاقد عليه ، وأن ما قرره بعض الفقهاء من أن على أبيهم سكناهم جميعا إذا لم يكن لمن لها امساكهم ، مسكن ، يعنى أن لحاضنتهم أن تستقل معهم- بعد الطلاق- بمسكن الزوجية المؤجر لأبيهم المطلق ، إلا إذا هيأ لهم مسكنا مناسبا يقيمون فيه ، ليعود إلى المطلق بعد انتهاء حضانتها ، أو بعد زواجها ، إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا .

وحيث إن الرقابة على الشرعية الدستورية- وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- تتناول- بين ما تشتمل عليه- الحقوق التى كفلها الدستور ، وأهدرها النص المطعون فيه ضمنا ، سواء كان الإخلال بها مقصودا ابتداء ، أم كان قد وقع عرضا .

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد كذلك ، على أن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية- بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠ - من أن مبادىء الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، إنما يتمحض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه فى تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل- ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية- فلا يجوز لنص =

- تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها ، بإعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الإجتهاد فيها ممتنعا ، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادؤها الكلية ، وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلا أو تبديلا .

ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان ، إذ هى عصية على التعديل ، ولا يجوز الخروج عليها ، أو الإلتواء بها عن معناها ، وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها ، على مراقبة التقيد بها ، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها ، ذلك أن المادة الثانية من الدستور ، تقدم على هذه القواعد ، أحكام الشريعة الرسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية ، إذ هى إطارها العام ، وركائزها الأصلية التى تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها ، وإلا اعتبر ذلك تشهيا وإنكارا لما علم من الدين بالضرورة ، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معا ، ذلك أن دائرة الإجتهاد تنحصر فيها ، ولا تمتد لسواها ، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان ، لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا ، ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة ، على أن يكون الإجتهاد دوما واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها ، ملتزما ضوابطها الثابتة ، متحريا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية ، والقواعد الضابطة لفروعها ، كافلا صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال .

وحيث إن البين من استقراء الأحكام التى بسطها الفقهاء فى شأن النفقة - سواء كان سببها عائدا إلى علائق الزوجية ، أم إلى القرابة فى ذاتها - وأيا كان نوعها - بما فى ذلك ما يقوم من صورها بين لأصول والفروع ، أنهم اختلفوا فيما بينهم فى عديد من مواضعها ، إما لخفاء النصوص المتعلقة بها من جهة اتساعها وتعدد تأويلاتها ، وإما لتباين طرائقهم فى استنباط الأحكام العملية - فى المسائل الفرعية والجزئية التى يدور الاجتهاد حولها - من النصوص وأدلتها ، والترجيح بينهما عند تعارضها ، اختيارا لأصحها وأقواها وأولاها ، وهو ما يفيد أن النفقة بمختلف صورها ، وفى مجمل أحكامها - وفيما خلا مبادئها الكلية لا ينتظمها نص قطعى يكون فاصلا فى مسائلها .

وحيث إن النفقة شرعا هى الإدرار على الشىءبما فيه بقاؤه ، وهى فى أصل اشتقاقها تعد هلاكا لمال من جهة المنفق ، ورواجا لحال من جهة المنفق عليه ، ويشمل مصطلحها كل صورها من إنفاق على إنسان أو حيوان أو طير أو زرع ، لأن فيها معنى إخراج مال لإبقائهم حاجتهم ، وصونها .

ولا ينال من ذلك قول أهل اللغة أيضا ، بأنها ما ينفقه الإنسان على عياله ونحوهم ، فإنه بيان لابقائهم الحقيقة مدلولها وعلى تقدير أن مسكن الصغير من مشمولاتها .

وإذ كان الأصل أن يقوم الزوج بالإنفاق على زوجته ليوفر لها إحتياجاتها ، ويعينها على التفرغ لواجباتها جزاء لإحتباسها لمصلحة تعود عليه ، وكان من المقرر كذلك أن للزوجة أن تأخذ من مال زوجها - إذا منعها مؤنتها - ما يكفيها هى وأولادها منه معروفا ، وبغير إذنه ، وكانت علاقة المرء بذوى قرباه - من غير أبنائه - تقوم على مجردالصلة - لو لم تكن صلة محرمية - إلا أن الولد ليس إلا زرع أبيه ، بل هو من كسبه وجزؤه ، وبعض منه ، وإليه يكون منتسبا ، فلا يلحق بغيره .

وهذه الجزئية أو البعضية ، مرجعها إلى الولادة وليس ثمة نفع يقابلها ليكون فيهامعنى العوض، ومن ثم كان -

-...

- اختصاص الوالد بالإنفاق على صغاره أصلا ثابتا لا جدال فيه ، بحسبان أن قرابتهم منه مفترض وصلها ، محرم قطعها بالإجماع ، ولأن نفقتهم من قبيل الصلة ، بل هى من أبوابها ، بإعتبار أن الامتناع عنها مع القدرة على إيفائها - حال ضعفهم وعجزهم عن تحصيل حوائجهم - مفض إلى تفويتها ، فكان الإنفاق عليهم واجبا ، فلا تسقط نفقتهم بفقر آبائهم ولا يتحللون منها ، بل عليهم موالاة شئون أبنائهم العاجزين عن القيام بما يكفل إحياءهم وصون أنفسهم ، مما يهلكها أو يضيعها .

وهم كذلك مسئولون عن تكميل نفقتهم ، إذا كانوا يتكسبون ، وما برحوا عاجزين عن إتمامها ، فلا يمنعهم الاباء ما يستحقون ، إعمالا لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ولقوله عليه السلام ، كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول ، ذلك أن نفقتهم تقتضيها الضرورة ، وبقدر ما يكون لازما منها لضمان كفايتهم على ضوء ما يليق بأمثالهم ، فلا تكون اقتارا ، ولا سرفا زائدا عما اعتاده الناس ، ولا تستطيل بالتالى إلى ما يجاوز احتياجاتهم عرفا .

بل إن من الفقهاء من استدل على وجوبها على الابا ، من أنهم كانوا فى الجاهلية يقتلون أولادهم خوفا من الإملاق ، وما كانوا ليخافوه لولا أن نفقتهم عليهم ، فنهاهم الله تعالى عن قتلهم .

ومن ثم قيلبأمرين : أولهما - أن الإخلال بنفقتهم يكون مستوجبا حبس من قصر فى أدائها ممن التزم بها ، بإعتبار أن فواتها ضياع لنفس بشرية سواء فى بدنها ، أو عقلها ، أو عرضها ، ثانيهما - أنه اذا كان للصغار مال حاضر ، فإن نفقتهم تكون فى أموالهم ولا شأن لأبيهم بها ، فإذا كان ما لديهم من مال لا يكفيها ، أو لم يكن لديهم مال أصلا ، اختص أبوهم من دونهم بتكملتها ، أو بإيفائها بتمامها ، فلا يتحمل غيره بعبئها .

وحيث إن المدعى ينازع فى أصل الحق فى نفقة صغاره ، ولا فى شروط استحقاقها ، ولا فى إن نفقتهم غير مقدرة بنفسها ، بل بكفايتها ، وإنما تثور دعواه الدستورية حول مشروعية القيود التى فرضها النص المطعون فيه على كل مطلق ، قولا بأن هدفها الحد من الحق فى الطلاق ، وأن إعناتها يتمثل فى إلزامهم إسكان صغارهم من مطلقاتهم ، بدلا عن أجرة المسكن التى كن العمل بها جاريا قبل نفاذ النص المطعون فيه ، بما مؤداه أن ، عينية ، نفقتهم ، لا مبلغها ، ، هى مدار دعواه هذه ، وأن الفصل فى دستورية النص المطعون فيه يتحدد على ضوئها ،، ونطاق تطبيقها ، .

وحيث إن إنكار حق صغار المطلق فى اقتضاء نفقتهم تمكينا ، مردود أولا : بأن القاضى وإن كان يقدرها فى ظل العمل بأحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (المادتان ٥ ، ٦ منها ومذكرتها الإيضاحية) مبلغا نقديا يشمل عناصرها جميعا ، بما فيها السكنى ، إلا أن من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا ، أن أية قاعدة قانونية - ولو كان العمل قد استقر عليها أمدا - لا تحمل فى ذاتها ما يعصمها عن العدول عنها ، وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكما شرعيا قطعيا - فى وروده ودلالته - وتكون فى مضمونها أرفق بالعباد ، وأحفل بشئونهم ، وأكفل لمصالحهم الحقيقية التى تشرع الأحكام لتحقيقها وبما يلائمها ، فذلك وحده طريق الحق والعدل ، وهو خير من فساد عريض .

- ومن ثم ساغ الاجتهاد فى المسائل الاختلافية التى لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها .

وليس الاجتهاد إلا جهدا عقليا يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية ، وهو بذلك لا يجوز أن يكون تقليدا محضا للأولين ، أو افتراء على الله كذبا بالتحليل أو التحريم فى غير موضعيهما ، أو عزوفا عن النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم .

وإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه ، توصلا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده ، مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية ، إذ هى غير منغلقة على نفسها ، ولا تضفى قدسية على أقوال أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها ، ولا تحول دون مراجعتها ، وتقييمها ، وإبدالها بغيرها .

فالآراء الاجتهادية ليس لها - فى ذاتها - قوة ملزمة متعدية لغير القائلين بها ، ولا يجوز بالتالى اعتبارها شرعا ثابتا متقررا لا يجوز أن ينقض ، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى ، وإنكارا لحقيقة أن الخطأ محتمل فى كل اجتهاد ، بل أن من الصحابة من تردد فى الفتيا تهيبا ، ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحقبا لاتباع من اجتهاد غيره ، وربما كان أضعف الآراء سندا، أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة ، ولو كان مخافا لأقوال استقر عليها العمل زمنا ، ولئن جاز القول بأن الإجتهاد فى الأحكام الظنية ، وربطها بمصالح الناس عن طريق الأدلة الشريعة - النقلية منها والعقلية - حق لأهل الاجتهاد ، فأولى أن يكون هذا الحق ثابتا لولى الأمر يستعين عليه - فى كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها - بأهل النظر فى الشئون العامة، إخمادا للثائرة وبما يرفع التنازع والتناحر ويبطل الخصومة ، على أن يكون مفهوما أن إجتهادات السابقين ، لا يجوز أن تكون مصدرا نهائيا أو مرجعا وحيدا لاستمداد الأحكام العملية منها ، بل يجوز لولى الأمر أن يشرع على خلافها ، وأن ينظم شئون العباد فى بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة ، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله ، مستلهما فى ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة ، هى التى تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها ، وهى بعد مصالح لا تتناهى جزئياتها ، أو تنحصر تطبيقاتها ، ولكنها تتحدد - مضمونا ونطاقا - على ضوء أوضاعها المتغيرة .

وليس ذلك إلا إعمالا للمرونة التى تسعها الشريعة الإسلامية فى أحكامها الفرعية والعملية المستجيبة بطبيعتها للتطور ، والتى ينافيها أن يتقيد ولى الأمر فى شأنها بآراء بذاتها لا يريم عنها ، أو أن يقعد بإجتهاده بصددها ، عند لحظة زمنية معينة ، تكون المصالح المعتبرة شرعا قد جاوزتها .

وتلك هى الشريعة الإسلامية فى أصولها ومنابتها ، متطورة بالضرورة ، نابذة الجمود لا يتقيد الاجتهاد فيها - وفيما لا نص عليه - بغير ضوابطها الكلية ، وبما لا تعطل مقاصدها .

ومردود ثانية : بأن كلمة النفقة عند إطلاقها ، تفيد انصرافها إلى مشتملاتها مما تقوم بها من طعام وكسوة وسكنى ، أو هى - حد قول الحنابلة - مؤنة الشخص خبزا وأدما وكسوة وسكنا وتوابعها ، باعتبارها من الحوائج الأصلية للمنفق عليه .

والأصل فيها أن تكون عينا ، فلا يصار حق الصغار بشأنها إلى ما يقابلها نقدا - باعتباره عوضها أو بدلها - إلا إذا كان استيفاء أصلها متعذرا . -

- وليس معروفا أن يكون إنفاق الوالد على صغاره تمليكا معلوم القدر والصفة ، بل يتعين أن يكون تمكينا يعينهم على أمر حوائجهم ، ليوفيها دون زيادة أو نقصان .

وهذا الأصل قائم على الأخص فى مجال العلائق الزوجية لقوله عليه الصلاة والسلام « أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون » ، وهو مقرر كذلك فى الزكاة لوقوعها فى عين أموالها لقوله عز وجل ﴿ خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها ﴾ .

واستصحابا لهذا الأصل لا تخرج المطلقة من مسكنها طوال عدتها ، سواء كان طلاقها من زوجها رجعيا أم بائنا ، ذلك أن طلاقها رجعيا ، يعنى أن علاقة الزوجية لا تزال قائمة ، وأن بقاءها فى بيته قد يغريه بإرجاعها إليه ، استئنافا لحياتهما ، فإن كان طلاقها منه بائنا ، فإن مكثها فى منزل الزوجية يكون استبراء لرحمها لا استثناء من ذلك فى الحالتين ، إلا أن تأتى عملا فاحشا .

وقد أحال الله تعالى المؤمنين فى كفاراتهم إلى عاداتهم قائلا (فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم) .

متى كان ذلك ، وكان الحق هو الحسن شرعا ، والباطل هو القبيح شرعا ، فإن تقرير حق الصغار فى نفقتهم من خلال إبدال مبلغا بعينيتها ، لا يكون إلتواء عن الشرع ، ولا ضلالا يقابل الحق ويضاده .

ومردود ثالثا : بأن الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، كثيرا ما قرروا أحكاما متوخين بها مطلق مصالح العباد جلبا لنفعهم ، أو دفعا لضرهم ، أو رفعا للحرج عنهم ، باعتبار أن مصالحهم هذه لا تنحصر جزئياتها ، وأنها تتطور على ضوء مجتمعاتهم وليس ثمة دليل شرعى على اعتبارها أو إلغائها .

وإذا لم يعد للنفوس - من ذاتها - زاجر يردعها عن إنكار حق الصغار فى نفقاتهم أو المطل فى أدائها - فيما إذا كان قدرها محددا مبلغا من النقود - مماق قد يحمل حاضنتهم على التردد بهم على ذويها يقبلونهم على مضض ، أو يصدونهم ، يضيقون بهم ذرعا ، أو يعرضون عنهم ، بما يهدد حياتهم وعقولهم وأعراضهم ، فقد بات حقا وواجبا ، أن يتدخل المشرع لرد ما قدره ظلما بينا ، وأن يعيد تنظيم الحقوق بين أطرافها مبينا إقتضائها ، مستهلما أن الأصل فى الضرر أن يزال فلا يتفاقم ، وأن الضرر لا يكون قديما ، فلا يتقادم، وأن القرابة القريبة ينبغى وصلها ، والقبول بأهون الشرين فى مجالها توقيا لأعظمهما .

ومن ثم قدر المشرع - بالنص المطعون فيه - أن ينقل حق هؤلاء الصغار من نفقة يفرضها القاضى مبلغا من النقود ، إلى عين محقق وجودها ، هى تلك التى كانوا يشغلونهامع أبويهم قبل طلاق أمهم ، ليظل حقهم متصلا بها لا يفارقونها ، إلا إذا بوأهم أبوهم مسكنا مناسبا بديلا عنها .

ولا منافاة فى ذلك للشريعة الإسلامية سواء فى مبادئها الكلية أو مقاصدها النهائية ، بل هو أكفل لدعم التراحم والتواصل بين أفراد الأسرة الواحدة ، بما يرعى جوهر علائقهم بعضهم ببعض ، فلا يقوض بنيانها .

ومردود رابعا : بأن ما قرره المدعى من أن المطلق يتعذر عليه أن يوفر سكنا لصغاره وحاضنتهم إزاء حدة أزمة الاسكان ، وعمق تداعياتها يعنى أن تقدير نفقتهم مبلغا من النقود مشتملا على سكناهم ، لن يكون كافيا لتهيئتها ، إذ لو كان بوسعهم استيفاء حقهم من السكنى من خلال أجر مسكن يحصلون عليه من أبيهم ، لكان الاعتراض على عينية نفقتهم لغوا .

وحيث إن عينية النفقة على ما تقدم ، لا تفيد لزوما انتفاء القيود اللازمة لضبطها ، ولا تحول بالتالى دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية فى شأن مضمون الحقوق التى خولها النص -

- المطعون فيه لصغار المطلق وحاضنتهم ، للفصل في اتفاقها مع الدستور ، أو خروجها عليه .

وحيث إن الفقرتين الأولى والثانية من النص المطعون فيه ، صريحتان في استقلال الصغار مع حاضنتهم بمسكن الزوجية ، فيما إذا تقاعس المطلق عن أن يعد لهم مسكنا ملائما يضمهم جميعا .

بيد أن ربط هاتين الفقرتين ببعضهما - يدل على تبنيها تمييزا تحكميا بين فئتين من المطلقين : ذلك أنه بينما تلتزم إحداهما - إذا مسكن الزوجية مؤجرا - أن توفر لصغارها من مطلقاتهم - مع حاضنتهم - مسكنا مناسبا خلال فترة زمنية لا تجاوز على الإطلاق عدة مطلقاتهم ، وإلا ظل الصغار من دون أبيهم شاغلين مسكن الزوجية ، لا يخرجون منه إلا بعد إنتهاء مدة حضانتهم بأكملها ، فإن أخراهما - التي يكون مسكنهما هذا غير مؤجر - يكفيها أن توفر لصغارها مع حاضنتهم مسكنا مناسبا يفيئون إليه ، ولو كان ذلك بعد انتهاء عدة مطلقاتهم ، لا يتقيدون في ذلك بزمن معين .

وحيث إن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطويا على تقسيم ، أو تصنيف ، أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض ، أو عن طريق المزايا ، أو الحقوق التي يكفلها لفئة دون غيرها ، إلا أن اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور ، يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع موضوعا محددا ، عن أهدافها ، ليكون اتصال الأغراض التي توخاها ، بالوسائل إليها ، منطقيا ، وليس واهيا أو واهنا ، بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستوريا .

ومرد ذلك ، أن المشرع لا ينظم موضوعا معينا تنظيميا ، مجردا أو نظريا ، بل يتغيا بلوغ أغراض بعينها ، تعكس مشروعيتها إطار لمصلحة عامة لها إعتبارها ، يقوم عليها هذا التنظيم ، متخذا من القواعد القانونية التي أقرها ، مدخلا لها ، فإذا انقطع إتصال هذه القواعد بأهدافها ، كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها ، تحكمياً ، منهيا عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور .

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان ما قرره النص المطعون فيه من تمييز بين فئتين من المطلقين ، لا يعدو أن يكون تقسيما تشريعيا لا يقيم علاقة منطقية بين الأسس التي يقوم عليها ، والنتائج التي ربطها المشرع بها ، بل توخى هذا التمييز - وعلى ما يبين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة في أول يوليو ١٩٨٥ - فرض قيود واقعية على الطلاق ، كي لا يكون إسرافا ، فجاء بذلك نافيا لكل علاقة مفهومة بين طبيعة الرابطة القانونية التي ارتبط بها المطلق في شأن مسكن الزوجية - إجارة كانت ، أم إعارة ، أم ملكا ، أم انتفاعاً ، أم حق استعمال ، أم غير ذلك من العلائق القانونية - وبين التزام هذا المطلق بأن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكنا مناسبا يأويهم كبديل عن مسكن الزوجية ، ذلك أن حق الصغار وحاضنتهم ليس متعلقا بعين المكان الذي كان يظلهم مع أبويهم قبل الطلاق ، بل يقوم حقهم منحصرا في مكان يهجعون إليه ، ويكون مناسبا شرعا لأمثالهم ، فلا يكون إعداده مقيدا بزمن معين .

وإذ كان تنظيم الحقوق لا يجوز لغير مصلحة واضحة يقوم الدليل على اعتبارها ، وكان غير المتصور أن يكون أمر المطلق رهقا سواء من خلال تنظيم تشريعي جائز ، أو عن طريق إساءة الصغار - أو حاضنتهم - استعمال حقهم في النفقة إضرارا بأبيهم ، وكان من المقرر أن مسكنا مناسبا يتهيأ لهم من أبيهم سواء قبل انتهاء عدة مطلقته أو بعدها ، هو ما تقوم به مصلحتهم في النفقة التي لا يجوز ربطها على الإطلاق بما إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا أو غير مؤجر ، إذ لا شأن لذلك بحق الصغار في نفقتهم ، ولا هو من مقاصدها .

= متى كان ما تقدم ، وكان الآباء المطلقون - فى علاقاتهم بأبنائهم - تتماثل مراكزهم القانونية فيما بين بعضهم البعض ، وكان النص المطعون فيه ، قد مايز بينهم - فى نطاق هذه العلائق - بأن حد من حقوقهم فى إعداد مكان ملائم لسكنى صغارهم إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا ، مع بسطها إن كان غير مؤجر ، فإن هذا التمييز لا يكون منطقيا ، قائما بالتالى على غير اسس موضوعية ، ومنهيا عنه دستوريا ، ذلك أن أشكال التمييز التى يناهضها مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ، وإن تعذر حصرها ، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد ، أو تفضيل ، أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق التى كفلها الدستور ، أو القانون ، أو كلاهما ، بما فى ذلك تلك التى ترعى بنيان الأسرة ، ولا تفرقها ، وتصون قيمها وترسيها على دعائم من الخلق والدين ، ضمانا لتراحمها وتناصفها .

وحيث إن النص المطعون فيه - فوق هذا - يتمحض إعناتا بالمطلق ، وتكليفا بما لا يطاق من جهتين .

أولاهما : أن عموم عبارته وإطلاقها من كل قيد ، وكذلك الأعمال التحضيرية التى تكشف عنها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب - المعقودة فى أول يوليو ١٩٨٥ - تدل جميعها على أن ما توخاه المشرع بالنص المطعون فيه ، هو أن يوفر الأب لصغاره من مطلقته ، ولحاضنتهم ، مسكنا ملائما ، وإلا استمروا من دونه شاغلين مسكن الزوجية ، ولو كان لهؤلاء الصغار مال يكفيهم للإنفاق عليهم .

فقد رفض مجلس الشعب اقتراحا مقدما من أحد أعضائه مؤداه أن تهيئة مسكن للصغار من أبيهم بعد طلاق أمهم ، ينبغى أن يكون مقيدا بألا يكون لحاضنتهم مسكن يخصها ، ولا لصغاره ما ينفقون منه على سكناهم .

وقيل تبريرا لهذا الرفض ، أن أباهم يقوم الآن بالإنفاق عليهم ، ولو ورثوا عن بعض أقاربهم ، أو تلقوا عن أمهم ، مالا .

وإذ كان الأصل المقرر شرعا أن مؤنة الحضانة تكون فى مال المحضون ، فإن لم يكن للمحضون مال ، فعلى من تلزمه نفقته ، وكان هذا الأصل مرددا بنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ مكررا ثانيا بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - المشار إليه - التى تقضى بأنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته ، على أبيه ، وكان حق الصغار فى الإنفاق عليهم ، يتوخى إحياءهم ، وليس حقا لحاضنتهم عوضا عن احتباسها لشئونهم ، وكان الأصل فى نفقتهم أنهم عاجزون بدونها عن تحصيل حوائجهم ، وأن استيفاءهم لها بقدر كفايتهم يعد معروفا ، وأن تأسيسها على حاجتهم ، يثبتها على أبيهم ، حتى مع اختلافهم دينا ، وكان استواء آباء الصغار مع أمهاتهم فى الولاد ، لا يسقط نفقتهم عن آبائهم ، بل ينفردون بها ، إلا أن الحق فى طلبها مقيد دوما بأن يكون تحصيلها حائلا دون هلاكهم ، أو ضياعهم ، ولا كذلك أن يكون للصغير فضل من مال ، ذلك أن الإنفاق عليه من مال غيره لا يكون إلا تفضلا ، فلا تكون نفقته واجبا على أحد ، ولا يجوز طلبها بالتالى شرعا من أبيه طلبا لازما يحتم أداءها ، فقد انتفى موجبها ، ولم يعد اقتضاؤها ضرورة يختل بفواتها نظام الحياة .

ولئن جاز القول بأن الأبوين قد يفيضان بأموالهما على أبنائهم ، صونا لأموالهم التى بين أيديهم مما قد يبددها أو ينتقص منها ، إلا أن حدبهما على أبنائهم بما فطرا عليه ، لا ينقض قاعدة شرعية أو ينحيها ويبدلها بغيرها ، بل تظل نفقتهم فى أموالهم بقدر كفايتهم .

ثانيهما : أنه وإن كان الأصل أن سكنى الصغار - عينا - حق ، وأنها جزء من نفقتهم بمدلولها لغة وعرفا ، وكان النص المطعون فيه يكفلها لصغار من مال أبيهم ، ولو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه - وينتقلون إليه تبعا لها - فإنه يكون بذلك مرهقا - ودون مقتض - من يطلقون زوجاتهم - ولو كان الطلاق لضرورة =

- لها موردها شرعا ـ مفضيا إلى وقوعهم كارهين فى الحرج ، ليكون إعناتهم منافيا للحق والعدل ، ومشقتهم بديلا عن التيسير عليهم ، ليقترن الطلاق بالبأساء والضراء التى لا مخرج منها .

وما لذلك تشرع الأحكام العملية التى ينبغى أن تستقيم بها شئون العباد ومصالحهم ، إذ لا يجوز أن يكون عوزها فادحا من خلال تكليفاتها ، ولا مضمونها عنتا مجافيا لرحمة فتح الله تعالى أبوابها للمؤمنين، بل هونا وقواماً ، وهو ما عبر عنه أبن عابدين فى حاشيته (رد المختارعلى الدر المختار) التى أورد فيها أن أبا حفص حين سئل عمن لها إمساك الولد وليس لها مسكن ، أفاد بأن على أبيهم سكناهما جميعا ، وهو ما يعنى عند ابن عابدين ـ أن الصغار لا يحتاجون إلى مسكن من أبيهم ، إذا كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه بأويها مع المحضونين ، ليكون انتقالهم معها أرفق بالجانبين ، وأوفق لمصالحهم ، ومن ثم ينبغى أن يكون عليه العمل .

وحيث إنه متى كل ما تقدم ، وكان ما قرره أبو حفص مما تقدم ـ وكذلك من خرّج عليه ـ لا يعدو أن يكون اجتهادا ، وكان الاجتهاد فى المسائل الخلافية ممكنا عقلا ، ولازمادياناً، ومفتوحا بالتالى ، لا يصد احتهاد لإجتهادا ، ولا يقابل اجتهاد على صعيد المسائل التى تنظم الأسرة بغيره ، إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها ، وبما لا يناقض كمال الشريعة ، أو يخل بروح منهاجها ، وكان ما ذهبإليه البعض من أنه إذا اختار ولى الأمر رأيا فى المسائل الخلافية ، فإن يترجح ، مردود بأن الترجيح عند الخيار بين أمرين ، لا يكون إلا بإتباع أيسرهما مالم يكن دائما ، فلا يشرع ولى الأمر حكما يضيق على الناس ، أو يرهقهم من أمرهم عسرا ، لتكون معيشتهم ضنكا وعوجا ، بل يتعين أن يكون بصيراً بشئونهم بما يصلحها ، فلا يظلمون شيئا ، وكان من المقرر أن سكنى صغار المطلق ضرورة ينبغى أن تقدر بقدرها ، وكان ثابتا كذلك أو من مقاصد الخلق جلب منافعهم ودفع المضار عنه ، وأن صلاحهم فى تحصيل نقاصدهم ، فلا يكون بعضهم على بعض عتيا ، ولا تكون أفعالهم ضراوة فيما بينهم ، وكان حقا قوله عليه السلام (ما نهيتكم عنه فاجتنبون ، وما أمرتكم به فآتوا منه ما استطعتم) وكانت الحنيفية السمحة هى مدار الدعوة التى قام بتبليغها إلى الناس جميعهم ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾ ، وكان اقتضاء الصغار مسكنا من أبيهم ـ مع إمكان إيوائهم فى مسكن لحاضنتهم تسكنه فعلا ـ مؤجرا كان أم غير مؤجر ـ ليكون لهم مهادا ، ليس تعلقا بما يكون واجبا على أبيهم ، ولا اجتنابا من جهتهم لشر يتناهون عنه ، بل إعراضاعما ينبغى أن يكون عليه المؤمنون من المسامحة واللين ، فقد تعين ألا يكون دينهم إرهاقا لعلاقاتهم ببعض ، ولا مقيما عوائق تتعقد دروبها وتنغلق مسالكهم إليها ، ليكون لهم مخرجا من حرجهم ، فلا يقترن ـ ظلما أو هضما ـ بما يأتون أو يدعون مصداقا لقوله تعالى ﴿ ما يريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج ﴾ ﴿ وما جعل الله عليكم فى الدين من حرج ﴾ ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ ﴿ يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا ﴾ .

متى كان ذلك ، وكان القرآن فصلا لا هزلا ، وكان لاختصاص صغار المطلق من مطلقته ـ مع حاضنتهم ـ بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه ، وهو ما يقع بوجه خاص إذا لم تكن حاضنتهم هى المطلقة نفسها ، بل أمها أو أختها أو خالتها ـ يعنى أن حاضنتهم هذه ـ وقد تهيأ مسكن لها مع زوجها أولادها ـ إما أن تنقل هؤلاء معها إلى مسكن المحضونين نابذة مسكنها لأمر انعقد عليه عزمها ، وإما أن تتردد بين مسكنها ومسكنهم ، فلا تمنحهم كل اهتمامها ، ولا توفر لحضانتهم متطلباتها من التعهد والصرف والتقويم ، وإما أن تقيم مع محضونيها ـ من دون أسرتها ـ ليتصدع بنيانها . ولا يعدو ذلك كله أن يكون عبثا توخى ـ دون مقتض ـ وعلى ما جاء بمضبطه مجلس الشعب فرض قيود واقعيةعلى الطلاق لا يجوز شرعا . -

....

- وحيث إنه متى كان ما تقدم ، فقد تعين أن يكون النص المطعون فيه مقيدا . فلا يكون مسكن الزوجية مقر المحضونين ، إذا كان لحاضنتهم مسكن يأويهم ، تقيم هى فيه ، وليس لازما أن يكون مملوكا لها ، ذلك أن حق الصغار فى السكنى ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم ، أيا كان شكل العلاقة القانونية التى ترتبط بها فى شأن هذه العين ، ودون إخلال بحقها فى أن تقتضى لها وللصغار أجر مسكن مناسب ، باعتباره من مؤنتهم .

وحيث إن النص المطعون فيه - محددا نطاقا فى الحدود التى خلص إليها قضاء المحكمة الدستورية العليا على النحو المتقدم - لا يعطل الحق فى الطلاق ، ذلك أنه كفل لصغار المطلق - وحاضنتهم - حقوقا تقتضيها الضرورة ، ويقدرها ، لتكون نفقتهم كافلة لمقوماتها ، لا تنتقص من مشتملاتها ، ولا يكون جريان آثارها وإنفاذ الحقوق المتعلقة بها متراخيا .

ووقوعها فى الحدود التى يقتضيها الشرع ، ينفى تعريفها الطلاق ، أو إهدارها الحق فيه ، لأمرين : أولهما : أن الأصل فى الحقوق التى يأذن المشرع بممارستها ، أو يبين أسسها ، أنها تتكامل فيما بينها ولا تتآكل ، بل تعمل جميعها فى إطار وحدة عضوية تتلاقى توجهاتها ، وتتوافق مصالحها . ثانيهما : أن الطلاق كان دائما ملاذا نهائيا للرجل ، ولا يلجأ إليه إلا باعتباره بابا للرحمة فى مجال علاقة زوجية غدا صدعها غائرا عميقا .

ولم يكن مطلقا بغيا من الرجل على المرأة لقوله تعالى : ﴿ فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾ فلا يكون الفراق بين الزوجين ظلما أو حمقا ، بل معروفا وانتصافا ، لا ينال من الحقوق التى جر إليها ، ولا يسقط عن المطلق تبعاتها . وتلك هى الشريعة الإسلامية ، قوامها العدل والرحمة وجوهرها دعوة إلى البر والإحسان ولا تتناهى . ومما يناقض وسطيتها أن يكون الصغار ضحايا لنزق آبائهم ، يمنعونهم ما يستحقون .

وحيث إن ما قرره المدعى من أن المطلق - إذا ما كان مالكا قانونا لمسكن الزوجية - فإن اختصاص صغاره من مطلقته بهذا المسكن من دونه ، إنما يجرد ملكيته من بعض عناصرها ، إخلالا بالحماية التى كفلها الدستور لها بالمادة ٣٤ ، مردود : بأن الملكية فى إطار النظم الوضعية التى تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة ، لم تعد حقا مطلقا ، ولا هى عصبية على التنظيم التشريعى . وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها . ومن ثم ساغ تحميلها بالقيود التى تتطلبها وظيفتها الاجتماعية ، وهى وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ ، ولا تفرض نفسها تحكما ، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية ، والأغراض التى ينبغى رصدها عليها ، محددة على ضوء واقع اجتماعى معين ، فى بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها .

وفى إطار هذه الدائرة ، وتقيدا بتخومها ، يفاضل المشرع بين البدائل ، ويرجح على ضوء الموازنة التى يجريها ، ما يراه من الاصلح أجدر بالحماية ، وأولى بالرعاية وفقا لأحكام الدستور ، مستهديا فى ذلك بوجه خاص بالقيم التى تنحاز إليها الجماعة فى مرحلة بذاتها من مراحل تطورها ، وبمراعاة أن القيود التى يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها ، لا تعتبر مقصودة بذاتها ، بل غايتها خير الفرد والجماعة .

ولا تعارض الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية ما تقدم . ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها -

- إلى الله تعالى ، أنشأها وبسطها ، وإليه معادها ومرجعها ، مستخلفا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض ، وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبددونها أويستخدمونها إضرارا . يقول تعالى ﴿ وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه ﴾ . وليس ذلك إلا نهيا ع الولوغ بها في الباطل . وتكليفا لولي الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها ، وهي مقاصد ينافيها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثا أو إسرافا أو عدوانا ، أو متخذا طرائق تناقض مصالح الجماعة أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار . وكان لولي الأمر بالتالي أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان ، وأن يحول دون الإضرار إذا كان ثأرا محضا يزيد من الضرر ولا يفيد إلا في توسيع الدائرة التي يمتد إليها ، وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان اختصاص صغار المطلق بمسكن الزوجية ، مقيدا بتراخيه في أن يوفر لهم سكنا مناسبا يكون بدلا عنه ، فإن استقلالهم به يغدو متصلا بنفقتهم و مترتبا على الإخلال بإيفائها ، بعد أن غض أبوهم بصره عن إحياء صغاره ، ليكون استمرارهم في شغل مسكن الزوجية ، عائدا في مصدره المباشر إلى نص القانون ، وعلى ضوء الموازنة التي أجراها المشرع بين مصلحة المطلق في أن يظل مقيما بهذا المسكن من دون صغاره ، ومصلحتهم في البقاء فيه من دونه ، مرجحا - في نطاق سلطته التقديرية في مجال تنظيم الحقوق - ثانيتهما ، باعتبار أن تفويتها يلحق بصغاره مضارا لا حد لها ، ولأن الأضرار حين تتزاحم ، فإن إختيار أهونها دفعا لأعظمها خطرا وأفدحها أثرا ، يكون لازما ، وواقعا فيه نطاق الوظيفة الإجتماعية للملكية ، التي يحدد ولي الأمر إطارها وتوجهاتها .

وحيث إن إعمال الفقره الثالثة من النص المطعون فيه - محدد إطاره على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - يفترض أن المطلق قد تراخى عن أن يعد مسكنا مناسبا لصغاره من مطلقته ، رغم قيام الدليل على أنهم لا يملكون مالا حاضرا يدبرون منه سكناهم ، وليس لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ويأويهم تبعا لها - فإن اختصاصهم - من دون أبيهم - بمسكن الزوجية ، يكون لازما .

وحيث إن البين من الأعمال التحضيرية لهذه الفقرة - حسبما تضمنتها مضبطة الجلسة الثامنه والتسعين لمجلس الشعب المعقودة في أول يوليو سنة ١٩٨٥ - أن حكمها لم يكن واردا في مشروع القانون المعروض بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، وإنما اقترحها أحد أعضاء هذا المجلس تخييرا للحاضنة بين الاستقلال مع الصغار بمسكن الزوجية ، وبين أن يقدر القاضي لها وللمحضونين أجر مسكن مناسب ،وكان ذلك من المشرع يحسبان أنها قد توثر الانتقال مع الصغار إلى ذويها طلبا لملاذهم وعونهم ، وقد يكون لها مسكنها ويريحها أن تظل فيه ، بافتراض أن انتقالها منه إلى مسكن الزوجية قد يؤذيها أو يرهقها ، وقد يروعها - بما يقوض سكينتها وصفاء نفسها - فيما إذا كان أهل المطلق أولو بأس شديد ، فلا تخلص - إزاء اضطرابها - لمحضونيها ، ولا تمنحهم من اهتمامها ما يستحقون ، ولا تعينهم على قضاء حوائجهم بما يكفيها ، فإن اختيارها أحد هذين البديلين - مسكن الزوجية أو أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها - لا يكون مناقضا أحكام الدستور - ومن بينها مادته الثانية - باعتباره مقررا لمصلحة لها اعتبارها وإهمالها يلحق الضرر بها وبمحضونيها .

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن . حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها [1] .

٦ـ المهـــر

مـــادة ١٩ ـ إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا أدعى ما لا يصح أن يكون مهرا لمثلها عرفاً فيحكم مهر المثل .

وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما .

---

(١) صدر عن مكتب النائب العام الكتاب الدورى رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٩ بتاريخ ٣٠ / ٩ / ١٩٧٩ ـ تضمنه فيما بعد الكتاب الأول من التعليمات العامة للنيابة العامة برقم مادة ٨٣٤ ـ بخصوص القواعد التى تتبع بشأن ما يثور من منازعات الحيازة على مسكن الزوجية ، وجاء به :

أولا : فى حالة ما إذاشجر نزاع بين الزوجين مع قيام رابطة الزوجية يؤمر بتمكين كل من الطرفين من استمرار حيازته للمسكن .

ثانيا : إذا وقع طلاق رجعي يمكن كل من الزوجين ـ طوال فترة العدة ـ من استمرار حيازته للمسكن على نحو ما كان عليه الحال أبان قيام علاقة الزوجية .

ثالثا : فى حالة الطلاق البائن ، إذا لم يكن للزوجين أولاد يقيمون بمسكن الزوجية ، يؤمر بتمكين المالك أو المستأجر منهماللمسكن ، ويمنع تعرض الآخر له فيه .

رابعا : إذا كان الطلاق بائنا وللمطلقة صغيرفى حضانتها ، وكان المسكن مؤجرا للزوج ، يومر بتمكين المطلقة الحاضنة من استمرار إقامتها بالمسكن دون الزوج المطلق ، حتى يفصل القضاء نهائيا فى أمر النزاع .

ثم صدر الكتاب الدورى رقم ١٢ لسنة ١٩٨٢ بتاريخ ١٣ / ٥ / ١٩٨٢ دفعا لأى لبس أو اختلاف بصدد منازعات الحيازة المادية فى العقارات على ضوء ما استحدث بقانون العقوبات بالمادة ٣٧٣ مكررا المضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ مع المنازعة الخاصة بمسكن الحضانة .

وإذا صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ المعدل لبعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية صدر الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ بمناسبة إضافة المادة ٤٤ مكررا لهذا القانون وخص بها منازعات الحيازة المدنية والجنائية ، ثم صدر الكتاب الدورى رقم ١٠ لسنة ١٩٩٤ بتاريخ ١٤ / ٧ / ١٩٩٤ وتضمن وجوب إعمال التعليمات القضائية وما تضمنه الكتاب الدورى رقم ١٢ لسنة ١٩٨٢ فى شأن منازعات الحيازة على مسكن الزوجية دون ما تضمنه الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر بتاريخ ١ / ١٠ / ١٩٩٢ والذى يقتصر إعماله على منازعات الحيازة المدنية والتجارية والتى تخضع لأحكام المادة ٤٤ مكررا المضافة لقانون المرافعات .

٧ـ سن الحضانة

مـــادة ٢٠ [1] ـ ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة ، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما (*) تقتضي ذلك [2] .

---

(١) المادة (٢٠) مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وكان نصها قبل التعديل كالآتي : « للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع ، وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشر سنة ، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك » .

(*) مصححة بالإستدراك المنشور بالجريدة الرسمية في ١٥ / ٨/ ١٩٨٥ ـ العدد ٣٣ .

(٢) طعن على الفقرة الأولى من المادة ٢٠ أمام المحكمة الدستورية العليا ضمن الطعن على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ برمته وكذا نصوص أخرى تضمنها هذا القانون ، وذلك من خلال القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية « دستورية » ، وقضت تلك المحكمة بجلسة ١٥ / ٥ / ١٩٩٣ بالآتي :

(أولا) : بعدم قبول الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية نصوص المواد ٥ مكرر بفقراتها الأولى والثانية و ١١ مكررا و ١٨ مكررا ثالثاً و ٢٣ مكررا بفقرتيها الثانية والثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .

(ثانياً) : برفض الدعوى بالنسبة إلى الطعن على المادتين ١٨ مكررا و ٢٠ فقرة أولى من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ـ المشار إليهما ، وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعي المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة . (الجريدة الرسمية في ٥ / ٦ / ١٩٩٣ ـ العدد ٢٢ « تابع »)

وجاءت مدونات هذا الحكم ـ بعد الديباجة ـ كالآتي :

بعد الإطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث إن الوقائع ـ على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق ـ تتحصل في أن المدعى عليها الرابعة كانت قد أقامت الدعوى رقم ١١٤١ لسنة ١٩٨٥ شرعي كلي الجيزة ضد المدعي بطلب تمكينها من الاستقلال بمسكن الزوجية المبين بالأوراق لحضانتها ابنها منه « هيثم » ومنع تعرضه لها في ذلك ، كما كانت المدعى عليها نفسها قد أقامت الدعوى رقم ١١٤٠ لسنة ١٩٨٥ شرعي كلي الجيزة بطلب الحكم لها قبل المدعي بمتعة تعادل نفقة عشر سنين . وإذ دفع المدعي ـ في الدعوى الماثلة ـ أمام محكمة الموضوع في هاتين الدعويين كلتيهما بعدم دستورية القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، وكانت محكمة الموضوع قد صرحت له برفع الدعوى الدستورية ـ بعد أن قدرت جدية دفعه ـ فقد أقام الدعوى الماثلة .

وحيث إنه بجلسة ٤ من يوليو سنة ١٩٩٢ حضر الأستاذ / أمين صفوت المحامي وطلب قبول تدخله منضماً إلى المدعي في طلباته في شأن المادة ١٨ مكررا (ثالثا) المتعلقة باستقلال الصغار وحاضنتهم بمسكن الزوجية . =

- وحيث إن المدعى ينعى على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - المشار إليه - صدوره بالمخالفة للأوضاع الشكلية التى تطلبته المادة (١٩٤) من الدستور ، على أساس أن مجلس الشورى وفقا لحكمها يختص بدراسة واقتراح ما يراه كفيلا بالحفاظ على المقومات الأساسية للمجتمع وقيمه العليا وتندرج تحتها الأسرة التى نص الدستور فى مادته التاسعة على أنها أساس المجتمع ، وأن قوامها الدين والأخلاق والوطنية بما مؤداه أن إغفال عرض القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المشار إليه على مجلس الشورى قبل تقديمه إلى السلطة التشريعية لإقراره ، إنما ينحل إلى إهدار لشكلية جوهرية لا يقوم هذا القانون سويا على قدميه بتخلفها .

وحيث إن الباب السابع من الدستور - المضاف بعد تعديله فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - تضمن أحكاما جديدة خص الدستور بها مجلسا وليداً أنشأة لأول مرة هو مجلس الشورى ، وأفرده بها ، وبوجه خاص فيما يتعلق اختصاصاته ، وكيفية تشكيله ، ومدة عضويته ، ومدى مسئولية رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء أمامه ، وشروط حله - وقد حدد الدستور اختصاص هذا المجلس فى مادتين هما المادتان ١٩٤ و ١٩٥ منه ، وبهما أخرج الدستور من ولايته ممارسة الوظيفة التشريعية التى ينعقد الاختصاص بها لمجلس الشعب دون غيره ، وقصر مهمته على مسائل بذاتها يؤخذ رأيه فيها ، وأخرى يتولى دراستها مبديا وجهه نظره فى شأنها ، وفى هاتين الحالتين كلتيهما ، عين الدستور هذه المسائل تعيينا دقيقا ، وحددها حصرا مما مؤداه امتناع الإضافة إليها أو التبديل فيها أو القياس عليها .

وحيث إن البين من هاتين المادتين أن أولاهما تتناول ولاية مجلس الشورى فى شأن المسائل الكفيلة بالحفاظ على ثورتى ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ، ١٥ مايو سنة ١٩٧١ ، وكذلك تلك المتعلقة بدعم الوحدة الوطنية وصون السلام الاجتماعى وحماية قوى الشعب العاملة فى تحالفها ومكاسبها الاشتراكية ، وإرساء المقومات الأساسية للمجتمع وقيمه العليا ، وضمان حقوق المواطن وحرياته وأدائه لواجباته العامة ، وتعميق النظام الاشتراكى الديمقراطى وتوسيع مجالاته . وتقتصر مهمة المجلس فى شأن هذه المسائل جميعها على دراستها وقوفا على جوانبها ، واستظهارا لوجهات النظر المتباينة فى مجالها ، وعرضها معززة بأدلتها مقرونة بما يراه صائبا منها محققا للمصالح التى قصد الدستور إلى حمايتها ، ولا تعدو مهمته بالتالى - فى نطاق دراسته للمسائل التى عينتها المادة ١٩٤ من الدستور - مجرد معاونة الدولة - من خلال سلطاتها المختلفة وتنظيماتها المتعددة - على أن تتخذ قراراتها فى شأن هذه المسائل محيطة بشتى زواياها ، واعية بآثارها الإيجابية وانعكاساتها السلبية ، وذلك كله فى إطار من الموضوعية المنزهة عن الميل ، أو الانحياز لوجهة نظر بذاتها لا تعززها الحقائق العلمية ، ومن ثم تنحل الدراسة التى يجريها مجلس الشورى للمسائل التى حددتها المادة ١٩٤ من الدستور إلى غوص فى أعماقها تجلية لجوانبها المختلفة بلوغا لغاية الأمر فيها ، وهى بعد دراسة يقوم بها المجلس غالبا بمبادرة من جانبه ، وليس ثمة التزام على أية جهة بطلبها منه ، وهو يقرر كذلك أولوياته فى مجالها ويستقل بتقدير مايراه ملحا منها ، وقيمتها العملية لا خفاء فيها ، لأنها تتناول مسائل لها خطرها بقصد إقتحام مشكلاتها ، والتوصل إلى حلول واقعية لها توطئة للعمل بها كلما كان ذلك ممكنا ومفيدا ، وبالتالى لا يعتبر عرض أى موضوع مما يندرج تحتها على هذا المجلس التزاما مترتبا بحكم الدستور ، وآية ذلك أن الدستور حرص على أن يفصل بصورة قاطعة بين مهمة المجلس وفقا لنص المادة (١٩٤) من ناحية ، وبين الولاية التى يباشرها فى إطار المادة (١٩٥) منه من ناحية أخرى ، مما مؤداه أن هاتين المادتين لا تختلطان ببعضهما ، ولا يجوز=

....

– القول بامتزاجهما ، إذ لو صح ذلك لأدمجها الدستور فى مادة واحدة يكون اختصاص مجلس الشورى فى شأن المسائل التى تندرج تحتها محيطا بها جميعا ، أيا كان نطاق هذا الإختصاص أو الأغراض التى يتوخاها ، وهو ما قام الدليل على نقيضه ، ذلك أن المادة (١٩٥) من الدستور قوامها أن يؤخذ رأى مجلس الشورى وجوبا فى مسائل بذواتها غير التى حددتها المادة (١٩٤) منه ، ولها من الأهمية والخطر ما يقتضى أن يكون عرضها عليه كى يقول كلمته فيها ، أمرا محتوما ، وتنحصر هذه المسائل فى كل اقتراح يكون متعلقا بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ، وكذلك كل مشروع لقانون يكون مكملا للدستور ، وكل معاهدة يكون موضوعها صلحا أو تحالفا أو متعلقا بحقوق السيادة أو من شأنها التعديل فى النطاق الإقليمى للدولة ، وكل مشروع يتناول الخطة العامة للدولة فى مجال التنمية الإجتماعية والأقتصادية ، وكل مشروع قانون يحيله إليه رئيس الجمهورية ، بالإضافة إلى أية موضوعات يحيلها رئيس الجمهورية إليه وتتصل بالسياسة العامة للدولة أو بسياستها فى الشئون العربية أو الخارجية . وهذه المسائل التى حددتها المادة (١٩٥) من الدستور ، يجمعها أن الدستور قدر حيوية المصالح المرتبطة بها ، وإن اتخاذ قرار فيها قبل أن يدلى مجلس الشورى برأيه فى نطاقها بعد عرضها عليه تكتنفه محاذير واضحة مرجعها رجحان أن يصدر هذا القرار متسرعا أو مبتسرا أو قاصرا ، ومن ثم كان عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها وجوبيا باعتبار أن ذلك شكلية جوهرية لا يجوز إهمالها أو التجاوز عنها ، بالنظر إلى دقة المسائل التى عينتها المادة (١٩٥) وما يقتضيه بحثها من تعمق ، وبوجه خاص فى جوانبها المتعلقة بالتنمية فى مجالاتها المختلفة . وبالحدود الإقليمية للدولة التى تمتد إليها سيادتها ، وبالشرعية الدستورية التى ترسى الدولة عليها دعائمها ، متى كان ما تقدم ، وكانت مشروعات القوانين المكملة للدستور من بين المسائل التى يتعين عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية الأصيلة ممثلة فى مجلس الشعب ، فإن إقرار السلطة التشريعية لقانون مكمل للدستور دون اتباع هذا الإجراء لن يقيله من عثرة مخالفته للأوضاع الشكلية التى تطلبتها المادة (١٩٥) من الدستور ، ولن يرده بالتالى إلى دائرة المشروعية الدستورية فى جوانبها الإجرائية ، إذ يعتبر القانون الصادر على خلافها مفتقرا إلى مقوماته كإطار لقواعد قانونية اكتمل تكوينها ، ويقع من ثم مشوبا بالبطلان .

وحيث إن « القوانين المكملة للدستور » وإن نص الدستور على حتمية عرض مشروعاتها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها ، إلا أن إيراد الدستور لهذه العبارة لم يقترن بما يعين على إيضاح معناها بما لا خفاء فيه ، فحق على هذه المحكمة أن تبين المقصود بها قطعا لكل جدل حولها ، ولضمان إرساء العلاقة بين مجلس الشعب ومجلس الشورى على أسس ثابتة تكفل مباشرة كل منهما لولايته فى الحدود التى رسمها الدستور لهما ، فلا يجور أحدهما على الآخر مفتئا على اختصاصاته الدستورية ، مقتحما تخومها ، وكان لا مقابل لعبارة « القوانين المكملة للدستور » فى الدساتير المصرية السابقة على الدستور القائم ، وليس ثمة أعمال تحضيرية يمكن الارتكان إليها فى تجلية معناها ، ولا شبهة كذلك فى أن انبهامها آل إلى غموض المعايير التى قيل بها ضبطا لفحواها وتحريا لدلالتها ، وكان المشرع لا زال عازفا عن التدخل فى هذا المجال سواء باعتناق معيار منها أو بإبدالها بمعيار من عنده يمزج بينهما أو يقوم على أنقاضها ، إلا أن ذلك كله لا يجوز أن يحول بين هذه المحكمة وبين مباشرة ولايتها فى مجال إعمال النصوص الدستورية ، إذ هى التى تقوم من خلال تفسيرها على ربطها ببعض على ضوء المقاصد الحقيقية التى ابتغاها الدستور منها ، وبما يرد عنها الغموض ، بما مؤداه أن النصوص الدستورية جميعها غير مستعصية على التحديد من ناحية وأنه –

. . . .

- يتعين من ناحية أخرى أن يكون لكل منها مجال يعمل فيه ، متكاملا فى ذلك مع غيره من النصوص. ومن المحقق ، فإن عبارة « القوانين المكملة للدستور » وإن كانت جديدة كل الجدة ، فريدة فى بابها ، ولا تعرفها الدساتير المقارنة ، إلا أنها تحمل فى أعطافها ضوابط تحديد معناها ، ذلك أن الدستور من ناحية قد ينص فى مادة أو أكثر من مواده على أن موضوعا معينا ، يتعين تنظيمه بقانون ، أو وفقا للقانون ، أو فى الحدود التى يبينها القانون . بيد أن صدور قانون فى هذا النطاق لا يدل بالضرورة - ومن ناحية أخرى - على أن أحكامه مكملة للدستور ، ذلك أن الموضوع الذى أحال الدستور فى تنظيمه إلى القانون ، قد لا تكون له طبيعة القواعد الدستورية ، وليس له من صلة بها ، بل يعتبر غريبا عنها وخارجا بطبيعته عن إطارها ، بما مؤداه أنه لا يكفى لاعتبار تنظيم قانونى معين مكملا للدستور أن يصدر إعمالا لنص فى الدستور ، بل يتعين - فوق هذا - أن تكون أحكامه مرتبطة بقاعدة كلية مما تتضمنها الوثائق الدستورية عادة كتلك المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يكفل مباشرتها لشئون العدالة دون تدخل من أية جهة . فالقاعدة المتقدمة - وما يجرى على منوالها - مما تحرص الدساتير المختلفة على إدراجها فى صلبها ، باعتبار أن خلوها منها يجردها من كل قيمة ، فإذا اتصل بها تنظيم تشريعى قرر الدستور صدوره بقانون ، أو وفقا للقانون ، أو فى الحدود التى يبينها القانون ، دل ذلك على أن هذا التنظيم مكمل للدستور ، ولا كذلك النصوص التشريعية التى لا تربطها صلة عضوية بتلك القواعد الكلية ، كالقانون الذى يصدر إعمالا لنص المادة (١٤) من الدستور محددا أحوال فصل العاملين بغير الطريق التأديبى ، والقانون الصادر فى شأن العفو الشامل على ما تقضى به المادة (١٤٩) من الدستور أو تنظيم التعبئة العامة وفقا لنص المادة (١٨١) منه . فالتنظيم التشريعى الصادر فى الحدود المتقدمة ، ليس مرتبطاً بأية قاعدة من القواعد الدستورية بمعنى الكلمة . بل يفتقر هذا التنظيم إلى العنصر الموضوعى الذى يدخل القانون الصادر به فى عداد القوانين المكملة للدستور بما مؤداه أن شرطين يتعين اجتماعهما معا لاعتبار مشروع قانون معين مكملا للدستور : (أولهما) أن يكون الدستور ابتداء قد نص صراحة فى مسألة عينها على أن يكون تنظيمها بقانون ، أو وفقا لقانون ، أو فى الحدود التى يبينها القانون ، أو طبقا للأوضاع التى يقررها ، فإن هو فعل ، دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ فى تقديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى . (ثانيهما) أن يكون هذا التنظيم متصلا بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها ، وتلك هى القواعد الدستورية بطبيعتها التى لا تخلو منها فى الأعم أية وثيقة دستورية ، والتى يتعين كى يكون التنظيم التشريعى مكملا لها أن يكون محددا لمضمونها مفصلا لحكمها مبينا لحدودها ، بما مؤداه أن الشرط الأول وإن كان لازما كأمر مبدئى يتعين التحقق من توافره قبل الفصل فى أى نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يعد أو لا يعد مكملا للدستور ، إلا أنه ليس شرطا كافيا ، بل يتعين لاعتبار المشروع كذلك ، أن يقوم الشرطان معا متضافرين استبعاد لكل مشروع قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصيلة ، بل يكون غريبا عنها مقحما عليها . واجتماع هذين الشرطين مؤداه أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور ، والتى يتعين أن يؤخذ فيها رأى مجلس الشورى قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية ، لا يجوز أن يكون شكليا صرفا ، ولا موضوعيا بحتا ، بل قوامه مزاوجة بين ملامح شكلية ، وما ينبغى أن يتصل بها من العناصر الموضوعية ، على النحو المتقدم بيانه .

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان قانون الأحوال الشخصية المطعون عليه ، لا يتناول موضوعا نص =

• •

= الدستور على أن يكون تنظيمه بقانون ، فإنه أيا كان وجه الرأى فى شأن اتصال النصوص التشريعية التى تضمنها قانون الأحوال الشخصية بقاعدة دستورية بطبيعتها أو انفكاكها عنها ، فإن مراعاة الشكلية المنصوص عليها فى المادة (١٩٥) من الدستور لا يكون واجبا من زاوية دستورية ، إذ يتعين دوما لإعتبار نص تشريعى مكملا للدستور ـ وعلى ما سلف بيانه ـ أن يكون قد تناول مسألة يعتبر موضوعها متعلقا بقاعدة دستورية بطبيعتها متى نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون ، وهو ما تخلف فى واقعة النزاع الماثل ، الأمر الذى يكون معه النعى على القانون محل الطعن ـ من هذا الوجه ـ مفتقرا إلى الدعامة التى يستند ، عليها حريا بالرفض .

وحيث إن المدعى يقرر كذلك أن الأحكام التى انتظمها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى مادته الثالثة المعدلة للفقرة الأولى من المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة١٩٢٩ ـ المشار إليه ـ وكذلك ما أضافته مادته الأولى إلى ذلك المرسوم بقانون من نصوص هى المواد (٥ مكررا فى فقرتيها الأولى والثانية) و (١١ مكررا) و (١٨ مكررا) و (١٨ مكررا ثالثا) و (٢٣ مكررا فى فقرتيها الثانية والثالثة) ـ جميعها معيبة بما يبطلها لمخالفتها المادتين الثانية والتاسعة من الدستور ، بالإضافة إلى خروجها على قاعدة عرفية أستقر عليها العمل حاصلها أن المسلمين لا يخضعون فى أحوالهم الشخصية لغير شريعتهم .

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية ، وإن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية لازما للفصل فى مسألة كلية أو فرعية تدور حولها الخصومة ـ بأكملها و فى شق منها ـ فى الدعوى الموضوعية ، فإذا لم يكن له بها من صلة كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة ، بما مؤداه أنه لا يكفى لقيام المصلحة الشخصية المباشرة التى تعتبر شرطا لقبول الدعوى الدستورية ، أن يكون النص التشريعى المطعون عليه مخالفا فى ذاته للدستور ، بل يتعين أن يكون هذا النص ـ بتطبيقه على المدعى ـ قد أخل بأحد الحقوق التى كفلها على نحو ألحق به ضررا مباشرا . إذ كان ذلك ، فإن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يغدو متصلا بالحق فى الدعوى ، ومرتبطا بالخصم الذى أثار المسألة الدستورية ، وليس بهذه المسألة فى ذاتها منظورا إليها بصفة مجردة ، وهو بذلك يعتبر محددا لفكرة الخصومة فى الدعوى الدستورية مبلورا نطاق المسألة الدستورية التى تدعى هذه المحكمة للفصل فيها ، ومؤكدا ضرورة أن تكون المنفعة التى يقرها القانون هى محصلتها النهائية ، ومنفصلا دوما عن مطابقة النص التشريعى المطعون عليه للدستور أو مخالفته لقيوده ونواهيه ، ومستلزما أبدا أن يكون الفصل فى المسألة الدستورية موطئا للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة أمام محكمة الموضوع .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان المدعى ينعى على المواد (٥ مكررا بفقرتيها الأولى والثالثة) و (١١ مكررا) و (٢٣ مكررا بفقرتيها الثانية والثالثة) التى أضافتها المادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ـ المشار إليهما ـ مخالفتهما للدستور ، وكانت دعويا الموضوع المقامتان من المدعى عليها الرابعة ضد المدعى ـ واللتان أثير فيهما الدفع بعدم الدستورية ـ قد توخينا الحكم باستقلالها وصغيرها منه بمسكن الزوجية حتى تنقضى حضانتها له بالإضافة إلى القضاء لها قبله بمتعة تماثل نفقة مدة حددتها ـ فإن الفصل فى دستورية المواد (٥ مكررا بفقرتيها الأولى والثانية) و(١١مكررا) و (٢٣ مكررا بفقرتيها الثانية والثالثة) لن يكون لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية =

. . . .

- المطروحة أمام محكمة الموضوع ، إذ ليس لهذه المواد من صلة بتلك الطلبات ، بما مؤداه انتفاء ارتباطها بالمصلحة الشخصية المباشرة -وهي شرط قبول الدعوى الدستورية ومناطها ، وآية ذلك أن أولى هذه المواد تقرر التزام المطلق بأن يوثق إشهار طلاقه ، وتحدد الآثار المترتبة على الطلاق وتاريخ سريانها ، أما ثانيتها فغايتها ضمان إعلام كل زوجة على العصمة بالزواج الجديد وتقرير حقها في طلب التطليق من زوجها ، وكذلك ضوابط حق الزوجة الجديدة في طلبه ، وتبين ثالثتها العقوبة الجنائية التي يتعين توقيعها على المطلق عند مخالفته الأحكام المنصوص عليها في المادة (٥ مكررا) - المشار إليها - متى كان ذلك ، فإن المصلحة في الطعن على المواد السالف بيانها ، تكون متخلفة .

وحيث إن المدعي ينعى على الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - المشار إليهما - مخالفتها للدستور ، وذلك فيما تنص عليه من أن « ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة ، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك » .

وحيث إن البين من المذكرة الإيضاحية لهذا النص أن تتبع المنازعات الدائرة في شأن الصغار يدل على أن المصلحة هي في استقرارهم حتى يتوافر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعوا من يد حاضنتهم ، وأنه لا يجوز للقاضي مد فترة الحضانة إلا أن تكون مصلحة الصغير أو الصغيرة في بقاء الحضانة بيد النساء وذلك مع التزام الأب بنفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير ذلك إلى جانب ما يقضى به العرف أو مايقوم مقامه ، مع حرمان الحاضنة من أجر الحضانة في المدة التي تمتد إليها بإذن القاضي ، وبمراعاة أن الغاية التي توخاها المشرع بالفقرة الأولى من المادة (٢٠) - المشار إليها - هي منع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة في سن غير مناسبة بقصد النكاية دون رعاية لصالح الصغار ، وما يقتضيه الاستقرار النفسي اللازم لسلامة نموهم وحسن تربيتهم ، وأن السند الشرعي لهذه الأحكام هو مذهب الإمام مالك .

وحيث إن النعي بمخالفة الفقرة الأولى من المادة ٢٠ - المشار إليها - للدستور غير سديد ، ذلك أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية بعد تعديلها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من سريان حكمها على التشريعات الصادرة بعد العمل بها ، ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - مؤداه أنه لايجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها ، فهذه الأحكام وحدها هي التي لا يجوز الاجتهاد فيها ، وهي تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلا أو تبديلا ، ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان ، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها ، وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدةقانونية تعارضها ، ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد ، أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية ، إذ هي إطارها العام وركائزها الثابتة التي تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها ، وإلا اعتبر ذلك تشهيا وإهدارا لما علم من الدين بالضرورة وعلى خلاف هذا ، الأحكام الظنية سواء في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معا ، ذلك أن دائرة الإجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد إلى سواها ، وهي تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة=

. . . .

- شرعا ، ولابد أن يكون هذا الاجتهاد واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها ، مقيما الأحكام العملية بالاعتماد فى استنباطها على الأدلة الشرعية ، متوخيا من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال .

حيث إن الحضانة - فى أصل شرعتها - هى ولاية للتربية ، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته . والأصل فيها هو مصلحة الصغير ، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة - التى لها الحق فى تربيته شرعاً - إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته ، ولأن انتزاعه منها - وهى أشفق عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبرا - مضرة به إبان الفترة الدقيقة التى لا يستقل فيها بأموره والتى لا يجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن يأكل من نفقته ، ويطعمه نزرا ، أو ينظر إليه شزرا . وحين يقرر ولى الأمر حدود هذه المصلحة معرفا بأبعادها ، فذلك لأن الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية - القطعية فى ثبوتها ودلالتها - لا تقيم لسن الحضانة تخوما لا يجوز تجاوزها ، انطلاقا من أن تربية الصغير مسألة لها خطرها ، وإن تطرق الخلل إليها - ولو فى بعض جوانبها - مدعاة لضياع الولد ، ومن ثم تعين أن يتحدد مداها بما يكون لازما للقيام على مصلحته ، ودفع المضرة عنه ، باعتبار أن مدار الحضانة على نفع المحضون ، وأن رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره ، حتى عند من يقولون بأن الحضانة لا تتمحض عن حق للصغير ، وإنما يتداخل فيها حق من ترعاه ، ويعهد إليها بأمره . ولولى الأمر بالتالى أن يقدر ما يراه خيرا للصغير وأصلح له ، بمراعاة أن حقه فى الحضانة لا يعتبر متوقفا على طلبها ممن له الحق فيها ، وأن ما يصون استقراره النفسى ويحول دون إيذائه ، ويكفل تقويمه ، من المقاصد الشرعية التى لا تجوز المجادلة فيها ، وأن النزول عن الحضانة بعد ثبوتها لا يحول دون العودة إليها ، بل أن من المجتهدين من يقول بجواز حمل الحاضنة عليها - بافتراض اجتماع شروطها فيها - كلما كان ذلك ضروريا لصيانة الصغير وحفظه . وقد دل الفقهاء - بإختلافهم فى زمن الحضانة - وهى الفترة الواقعة بين بدئها وانتهاء الحق فيها - على أن مصلحة الصغير هى مدار أحكامها ، وأنها من المسائل الاجتهادية التى تتباين الآراء حولها ، كل من جهة يعتد فيها بما يره أكفل لتحصيل الخير للصغير فى إطار من الحق والعدل . ولئن كان المتقدمون لا يقدرون للحضانة مدة معينة تنتهى بانتهائها ، وإنما يركنون إلى معايير مرنة بطبيعتها ضابطها هو انتهازها عند السن التى يبلغها الصغير أو الصغيرة مميزين قادرين على الوفاء بحاجاتهما الأولية مستغنيين تبعا لخدمة النساء ، وكان آخرون من بعدهم قد حدوداً للحضانة سنا معينا تنتهى ببلوغها قطعا لكل جدل حولها ، إلا أن استقراء لأقوال هؤلاء وهؤلاء يدل على أن إجتهاداتهم فى شأن واقعة انتهاء الحضانة ، مدارها نفع المحضون - صغيرا كان أم صغيرة - ويتعين بالتالى أن يصار إلى كل ما يصلحه ويكفل وقايته مما يؤذيه ، وتربيته إنماء لمداركه ولإعداده للحياة ، وبوجه خاص من النواحى النفسية والعقلية ، وكان الأصل فى حضانة الصغير والصغيرة - على ما تقدم - هو تعهدها بالرعاية بما يحول دون الإضرار بهما ، تعين ألا تكون سن الحضانة محددة بقاعدة جامدة صارمة لا تأخذ فى اعتبارها تغير الزمان والمكان ، أو تغفل فى مجال تطبيقها ما يقتضيه التمييز فى نطاق الحضانة بين الصغير والصغيرة بالنظر إلى طبيعة كل منهما ، وخصائص تكوينه ودرجة احتياجه إلى من يقوم على تربيته وتقويمه ، وما تتطلبه الذكورة والأنوثة من تنمية ملكاتهما ، وفى ذلك قدر من المرونة التى تسعها الشريعة الإسلامية فى أحكامها الفرعية المستجيبة دوما للتطور ، توخيا لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة ، وأعرافهم المتغيرة ، -

- التى لا تصادم حكما قطعيا ، وهى مرونة ينافيها أنى تقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها ، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المتغيرة شرعا قد جاوزتها ، وتلك هى الشريعة فى أصولها ومنابتها ، شريعة مرنة غير جامدة يتقيد الاجتهاد فيها - بما يقوم عليه من استفراغ الجهد للوصول إلى حكم فيما لا نص عليه - بضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها ولئن صح القول بأن أهمية الاجتهاد ولزومه لا يوازيها إلا خطره ودقته ، فإن من الصحيح كذلك أن لولى الأمر الإجتهاد فى الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التى يقوم برهانها من الأدلة الشرعية ، وهو ما نحاه النص التشريعى المطعون فيه ، ذلك أن السن الإلزامية للحضانة التى حددها - وهى عشر سنين للصغير واثنتا عشرة سنة للصغيرة - لا تعدو أن تكون تقريرا لأحكام عملية فى دائرة الاجتهاد بما لايصادم الشريعة الإسلامية فى أصولها الثابتة ومبادئها الكلية ، إذ ليس ثمة نص قطعى فيها - فى ثبوته ودلالته - يقرر للحضانة سنا لا يجوز لولى الأمر أن يتخطاها ، وإنما مرد الأمر فى تعيينها إلى ما يترخص ولى الأمر فى تقديره مقيدا فى ذلك بمصلحة المحضون بما يراه أكفل لها وادعى لتحقيقها وبما يحول دون إعناته ، وهو فى ذلك لا يصدر عن نظرة تحكمية ، بل غايته رفع الحرج وفق أسس موضوعية قدر معها أن مصلحة المحضون لازمها عدم ترويعه بإنتزاعه من حاضنته ، بما يخل بأمنه وإطمئنانه ويهدد استقراره ، وأن وجود الولد - ذكرا كان أو أنثى - فى يدها سواء قبل بلوغ السن الإلزامية للحضانة ، أو بعد بلوغها - حين يقرر القاضى أن المصلحة تقتضى إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج - لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما ، وكان النص المطعون عليه قد تناول أمورا تنظيمية ، وتقرر لمصلحة مشروعة يستجلبها ، وقد قال المالكية بما لا يناقض مضمونه بذهابهم إلى أن حضانة الصغير تنتهى إذا بلغ عاقلا غير زمن ، وإن أمد الحضانة للصغيرة حتى يدخل بها زوجها ، وكان النص التشريعى المطعون عليه قد صدر مستهلما مقاصد الشريعة الكلية ، غير مناقض لمقوماتها الأساسية ، واقعا فى نطاق توجهاتها العامة التى تحض على الاجتهاد فى غير أحكامها القطعية فى ثبوتها ودلالتها . إذ كان ذلك ، فإن قالة مخالفة هذا النص للمادة الثانية من الدستور لا يكون لها محل .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان ما قررته المادة (١٨ مكررا ثالثا) - التى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية - من إلزامها الزوج المطلق بأن يهيىء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم مسكنا مستقلا مناسبا ، إنما يدور وجودا وعدما مع المدة الإلزامية للحضانة التى قررتها الفقرة الأولى من المادة (٢٠) المطعون عليها ، فإن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية إعمالا للمادة (١٨ مكررا ثالثا) المشار إليها يعتبر منقضيا ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنى عشرة سنة . متى كان ذلك ، وكان البين من الصورة الرسمية لشهادة ميلاد ، هيثم ، - ابن المدعى من مطلقته - وهى الشهادة المرفقة بملف الدعوى الموضوعية - أنه ولد فى ٩ من ديسمبر سنة ١٩٧٩ ، فإنه يكون قد جاوز أمد الحضانة الإلزامية ، ولم يعد لحاضنته بالتالى أن تستقل مع صغيرها هذا بمسكن الزوجية بعد طلاقها ، بما مؤداه انتفاء مصلحة المدعى فى الطعن على الأحكام التى تضمنتها المادة (١٨ مكررا ثالثا) آنفة البيان ، ولا ينال مما تقدم قالة أن للقاضى أن يأذن للحاضنة بعد انتهاء المدة الإلزامية للحضانة بإبقاء الصغير فى رعايتها حتى الخامسة عشرة ، والصغيرة حتى تتزوج إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك ، ذلك أن ما يأذن به القاضى على هذا النحو ، لا يعتبر امتداد لمدة الحضانة الإلزامية ، بل منصرفا إلى مدة استبقاء تقدم الحاضنة خلالها خدماتها متبرعة بها ، وليس للحاضنة بالتالى أن تستقل بمسكن الزوجية خلال المدة التى شملها هذا الإذن ، ذلك أن مدة الحضانة التى عناها =

• •

- المشرع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة (١٨ مكررا ثالثا) - والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة وصغيرها من مطلقها فى شغل مسكن الزوجية - هى المدة الإلزامية للحضانة على ما تقدم، وغايتها بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة، وببلوغها يسقط حقها فى الاستقلال بمسكن الزوجية ليعود إليه الزوج المطلق منفرداً فى الانتفاع به إذا كان له ابتداء أن يحتفظ به قانونا. ولا محاجة فى القول بأن مجرد توافر المصلحة عند رفع الدعوى الدستورية يعتبر كافيا لقبولها ولو قام الدليل على تخلفها قبل الفصل فيها، ذلك أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن توافر شرط المصلحة فى الدعوى عند رفعها، ثم تخلفه قبل أن تصدر حكمها فيها، مؤداه زوال هذه المصلحة، وذلك أيا كانت طبيعة المسألة الدستورية التى تدعى المحكمة الدستورية العليا لتقول كلمتها فى شأنها.

وحيث إنه عن طلب التدخل الانضمامى، فإنه لما كانت الخصومة فى هذا الطلب تعتبر تابعة للخصومة الأصلية، وكان قضاء هذه المحكمة فى الدعوى الماثلة قد خلص إلى إنتفاء مصلحة المدعى فيها فى الطعن بعدم دستورية حكم المادة (١٨ مكررا ثالثا) سالفة البيان - فإن عدم قبول الدعوى الدستورية فى هذا الشق منها يستتبع بطريق اللزوم انقضاء طلب التدخل الإنضمامى، وهو ما تقضى به المحكمة.

وحيث إن المادة (١٨ مكررا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة إليه بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - المشار إليهما - تنص على أن « الزوجة المدخو لبها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها لا بسبب من قبلها، تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، و يجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط ».

وحيث إن المدعى ينعى على هذا النص مخالفته أحكام الشريعة الإسلامية على سند من أن المتعة لا تستحق للمطلقة إلا بشروط ثلاثة هى ألا يسبق الاتفاق على مهرها والإيدخل زوجها بها وألا يختلى بها خلوة صحيحة قبل طلاقها. هذا إلى أن نفقة العدة هى المقصودة بالمتعة، وهى كذلك أجر لزواج محرم هو الزواج الموقوت، فضلا عن إنها تفيد الحق فى الطلاق المعتبر خالصا للزوج، ولا يعدو تقريرها أن يكون شرطا جزائيا مترتبا على إيقاع الطلاق فى ذاته، ولاتعرف الشريعة الإسلامية حدا أدنى لها.

وحيث إن هذا النعى مردود، وذلك أن أصل تشريع المتعة هو النصوص القرآنية التى تعددت مواضعها، منها قوله تعالى ﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين ﴾ التى نحا الشافعى فى أحد قوليه وكذلك الظاهريه إلى وجوبها، وأيدهم فى ذلك آخرون باعتبار أن « حقا » صفة لقوله تعالى «متاعا» وذلك أدخل لتوكيد الأمر بها، هذا بالإضافة إلى أن عموم خطابها مؤداه عدم جواز تخصيص حكمها بغير دليل، وسريانه على كل مطلقة سواء كان طلاقها قبل الدخول بها أم بعده، فرض لها مطلقها مهرا أم كان غير مفروض لها، وجماهير الفقهاء على استحبابها بمقولة افتقارها إلى أمر صريح بها، كذلك فإن تقرير المتعة وجوبا أظهر فى آية اخرى إذ يقول تعالى فى المطلقة غير المفروض لها ولا مدخول بها، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين بمعنى اعطوهن شيئا يكون متاعا لهن، والأمر بالامتاع فيها ظاهر، وإضافة الامتاع إليهن تمليكا - عند من يقولون بوجوبها - لا شبهة فيه، وإنصرافها إلى المتقين والمحسنين لا يدل على تعلقها بهم دون سواهم، بل هو توكيد لإيجابها باعتبار أن الناس جميعا ملزمون بالامتثال إلى أمر الله تعالى وعدم الانزلاق فى معاصيه.

وحيث إن البين من استقراء أقوال الفقهاء فى شأن دلالة النصوص القرآنية الوارد فى شأن « المتعة » أنهم =

- مختلفون فى نطاق تطبيقها من ناحية ، وفى وجوبها أو استجبابها من ناحية أخرى ، ما ذلك إلا لأن هذه النصوص ظنية فى دلالتها ، غير مقطوع بمراد الله تعالى منها ، وجاز الأمر بالتالى الاجتهاد فيها تنظيما لأحكامها بنص تشريعى يقرر أصل الحق فيها ، ويفصل شروط استحقاقها بما يوحد تطبيقها ، ويقيم بنيانها على كلمة سواء ترفع نواحى الخلاف فيها ولا تعارض الشريعة فى أصولها الثابتة أو مبادئها الكلية .

وحيث إن النص التشريعى المطعون فيه شرط لاستحقاق المتعة شرطين : (أولهما) أن تكون المرأة التى طلقها زوجها مدخولا بها فى زواج صحيح . (وثانيهما) إلا يكون الطلاق برضاها أو من جهتها ، وهما شرطان لا ينافيان الشريعة الإسلامية سواء فى ركائزها أو مقاصدها ، ذلك أن تشريع المتعة يتوخى جبر خاطر المطلقة تطبيبا لنفسها ولمواجهة إيحاشها بالطلاق ، ولأن مواستها من المروءة التى تتطلبها الشريعة الإسلامية ، والتى دل العمل على تراخيها لا سيما بين زوجين انقطع حبل المودة بينهما ، ولا كذلك المرأة التى تختار الطلاق أو تسعى إليه ، كالمختلعة والمبارئة ، أو التى يكون الطلاق من قبلها بما يدل على أنه ناجم عن إساءتها أو عائد إلى ظلمها وسوء تصرفها ، إذ لا يتصور - وقد تقررت المتعة إزاء غم الطلاق - أن يكون امتاعها - فى طلاق تم برضاها أو وقع بسبب من قبلها - تطبيبا لخاطرها ولا أن يصلها زوجها بمعونة مالية تزيد على نفقة العدة تخفيفا لآلامها الناجمة عن الفراق ، وما قرره المدعى من أن المتعة لا تستحق إلا للمرأة غير المدخول بها قبل طلاقها ، مردود بأن الله تعالى ناط بعباده المتقين الذين يلتزمون بالتعاليم التى فرضها صونا لأنفسهم عن مخالفته ، بأن يقدموا لكل مطلقة متاعا يتمحض معروفا بما مؤداه أستحقاقها الإمتاع ، ولو كان ذلك بعد الدخول بها ، كذلك فإن أمهات المؤمنين المدخول بهن هن اللاتى عنتهن الاية الكريمة التى يقول فيها سبحانه ﴿ يا أيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ﴾ . وما قرره النص التشريعى المطعون عليه من أن المتعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا عسرا وعلى ضوء ظروف الطلاق ومدة الزوجية مستلهما بذلك فى أسس تقديرها قوله تعالى ﴿ ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ ، ومستبعداً بذلك الآراء التى تقيسها على المهر وتراعى فيها حال الزوجة بالتالى ، ومقررا حدا أدنى لها فى إطار التكافل الإجتماعى لضمان ألا يقل ما يعود على المرأة منها عما قدره ولى الأمر لازما لتمتيعها بعد طلاقها دون رضاها ، ومن غير جهتها ، ذلك أن غربتها بالطلاق تؤلمها وتمزق سكينها ، وقد تعرضها لمخاطر تفوق طاقة إحتمالها ، وغالبا ما يقترن طلاقها بالتناحر والتباغض وانقطاع المودة ، فحق ألا يكون أدناها متناهيا فى ضآلته صونا للحكمة من تشريعها لا سيما أن من الفقهاء من حدد أدنى ما يجزى فيها ، ومنهم من حدود أرفعها وأوسطها ، وليس فى النصوص القرآنية ما يفيد أن الله تعالى قد قدرها أو حددها ، بما مؤداه جواز تنظيمها بما يحقق للناس مصالحهم المعتبرة شرعاً . ولئن كان النص التشريعى المطعون عليه لا يورد حدا أقصى لتلك المعونة المالية التى قدمها الرجل لمن طلقها ، إلا أن ذلك أدخل إلى الملاءمة التى لا تمتد إليها الرقابة الدستورية ، ولا يجوز أن تخوض فيها ، لا سيما أن من الفقهاء من يقول بأنه ليس للمتعة عندهم حد معروف لا فى قليلها أو كثيرها ، كذلك فإن أمر تقديرها فيما يجاوز حدها الأدنى موكول إلى المحكمة المختصة تجيل فيه بصرها معتمدة فى تحديد مبلغها على أسس موضوعية لا تفرضها تحكما أو إعناتا ، من بينها أن يكون هذا التحديد دائرا مع حال مطلقها يسرا وعسرا ، إذ هى متاع تقرر معروفا ولمصلحة لها اعتبارها ، والمتقون الممتثلون إلى الله تعالى الطامعون فى مرضاته مدعوون إليها ، بل ومطالبون بها ، باعتبارها أكفل للمودة ، وأدعى لنبذ الشقاق وإقامة العلائق -

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة والأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين .

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا . نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا .

ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا ، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها :

ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء ، مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ، ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى .

الأم ، فأم الأم وإن علت ، فأم الأب وإن (*) علت ، فالأخوات الشقيقات ، فالأخوات لأم ، فالأخوات لأب ، فبنت الأخت الشقيقة ، فبنت الأخت لأم ، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات ، فبنت الأخت لأب ، فبنات الأخ بالترتيب المذكور ، فالعمات بالترتيب المذكور ، فخالات الأم بالترتيب المذكور ، فخالات الأب بالترتيب المذكور ، فعمات الأم بالترتيب المذكور ، فعمات الأب بالترتيب المذكور .

فإن لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء ، أو لم يكن منهن أهل للحضانة ، أو انقضت مدة حضانة النساء ، انتقل الحق فى الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث ، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة .

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق فى الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى :

الجد لأم ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم ثم الخال الشقيق ، فالخال لأب ، فالخال لأم .

- البشرية على أساس من الحق والعدل ، كذلك فإن اعتداد النص التشريعى بمدة الزوجية وظروف الطلاق فى مجال تقدير المتعة الواجبة ، لا يتوخى فرض قيود غير مبررة على الحق فى الطلاق ، وإنما قصد المشرع - بإضافته هذين العنصرين إلى حال المطلق يسرا وعسرا - أن تكون المعونة المالية التى تتبلور المتعة فى مبلغها ، واقعية قدر الإمكان بما لا افراط فيه أو تفريط ، وهو ما يدخل فى نطاق السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق بما لا يناقض أحكام الدستور أو يخل بضوابطه .

(*) مصححة بالإستدراك المنشور بالجريدة الرسمية فى ١٥ / ٨ / ١٩٨٥ - العدد ٣٣ .

٨ ـ المفقــود

مــادة ٢١ ـ [١] يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده .

ويعتبر المفقود ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقده ، فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت ، أو كان فى طائرة سقطت ، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية .

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع ، بحسب الأحوال وبعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك ، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا فى حكم الفقرة السابقة . ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود .

وفى الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى على ألا تقل عن أربع سنوات ، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً .

مــادة ٢٢ ـ [٢] عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتا على الوجه المبين فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار فى الجريدة الرسمية كما تترتب كافة الآثار الأخرى .

---

(١) المادة (٢١) مستبدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ (الجريدة الرسمية فى ١ / ٦ / ١٩٩٢ ـ العدد ٢٢ مكرر ب) . وكان نصها قبل التعديل كالآتى : « يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده .

وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً ، وهذا النص كان معدلاً بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ (الجريدة الرسمية فى ٣١ / ٧ / ١٩٥٨ ـ العدد ٢١) .

(٢) المادة (٢٢) مستبدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ ، وكان نصها قبل التعديل كالآتى :

« بعدالحكم بموت المفقود بالصفة المبينة فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم »

وهذا النص كان معدلا بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ .

٩- أحكام عامة

مـــادة ٢٣ - المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما [١] .

مـــادة ٢٣ مكررا -[٢] يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز [*] ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكررا) من هذا القانون .

ويعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذ أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر فى المادة ١١ مكرراً .

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لاتزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون . ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة .

مـــادة ٢٤ - تلغى المواد (٣ ، ٧ ، ١٢) من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ التى تتضمن أحكاما بشأن النفقة ومسائل أخرى متعلقة بالأحوال الشخصية .

مـــادة ٢٥ - على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بسراى عابدين فى ٢٨ رمضان سنة ١٣٤٧ (١٠ مارس سنة ١٩٢٩) .

---

(١) ورد فى المذكرة الإيضاحية فى شأن المادة ٢٣ أنه رؤى تحديد السنة التى تذكر فى معرض أحكام النسب والعدة والتطليق لغيبة الزوج أو حبسه بما يتفق ورأى الطبيب الشرعى فى مدة الحمل باعتبار المدة أقصاها ٣٦٥ يوما ، أما فيما عدا ذلك فالمراد بالسنة هى السنة الهجرية .

ومؤدى ذلك أنه يخرج من حساب المدد بالتقويم الميلادى (الأفرنكى) وتحتسب بالتقويم الهجرى (القمرى) المدد الواردة بالمواد ١٨ مكررا ، ١٨ مكررا ثانيا ، ٢٠ ، ٢١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

(٢) المادة (٢٣ مكررا) مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

(*) مصححة بالاستدراك المنشور بالجريدة الرسمية فى ١٥ / ٨ / ١٩٨٥ - العدد ٣٣ .

المذكرة الايضاحية

للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

١ . الطلاق

شرع الطلاق فى الإسلام ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية إذا تحقق أن المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية أصبح غير ميسور فللرجل أن يوقع الطلاق مستقلا بإيقاعه إذا علم ذلك . وللمرأة أن تطلب إلى القاضى التطليق إذا علمت ذلك بعد أن يلحقها الضرر لأى سبب من الأسباب الموجبة .

وأجمع الأئمة وجمهور الفقهاء على أن إيقاع الطلاق لغير سبب شرعى حرام أو مكروه يدل على ذلك ما رواه أبو داود عن النبى ﷺ (ما أحل الله شيئاً أبغض اليه من الطلاق) وفى رواية عنه (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) .

وقد شرع الطلاق على أن يوقع دفعات متعددة (**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح باحسان . ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله . فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به . تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون . فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره** [١]) .

فالآية الكريمة تكاد تكون صريحة فى أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة وجعلت دفعات الطلاق ثلاثاً ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال ولتجرب المرأة نفسها أيضا حتى إذا لم تفد التجارب ووقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس فى البقاء خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى .

فالواقع أن الدين الإسلامى مع إباحته الطلاق قد ضيق دائرته وجعل هذه الإباحة مقصورة على الحالات التى لا يمكن فيها للزوجين أو أحدهما إقامة حدود الله

---

(١) سورة البقرة : من آية ٢٢٩ .

وهو أن الناس لزموا حدود الله واتبعوا شريعته لما وقعت شكوى من قواعد الطلاق ولبقيت العائلة الإسلامية متينة العرى يرفرف عليها الهناء ولكن ضعف الأخلاق وتراخي عرى المروءات أوجد في العائلة الإسلامية وهناً وجعل هناءها يزول بنزقة من طيش ويمين يحلفها الأحمق في ساعة غضبه أو للتخلص من موقفه أمام دائن أو ظالم .

والمرأة المسلمة مهددة على الدوام بالطلاق لا تدرى متى يحصل وقد لا يدرى الرجل نفسه متى يحصل فإن الحالف بالطلاق والمعلق له على شيء من الأشياء التي يفعلها أجنبي لا يدري متى تطلق امرأته .

فسعادة الزوجين والأولاد والأسرة قد ترتبط بعمل من الأعمال الخارجة عن إرادة رب الأسرة وعن إرادة سيدة الأسرة .

وكثير من هذا سببه آراء جمهور الفقهاء الذين يوقعون الطلاق المعلن واليمين بالطلاق الثلاث بكلمة واحدة ويوقعون المعلق قبل الزواج إذا علق على الزواج نفسه كما هو رأي الحنفية .

وهذه الآراء كانت منبع شقاء العائلة وكانت سببا في تلمس الحيل وافتنان الفقهاء في ابتداع أنواعها .

ومن الواجب حماية الشريعة المطهرة وحماية الناس من الخروج عليها وقد تكفلت بسعادة الناس دنيا وأخرى وأنها بأصولها تسع الأمم في جميع الأزمنة والأمكنة متى فهمت على حقيقتها وطبقت على بصيرة وهدى .

ومن السياسة الشرعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها وأن يرجع إلى آراء العلماء لتعالج الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها حتى يشعر الناس بأن في الشريعة مخرجاً من الضيق وفرجاً من الشدة .

لهذا فكرت الوزارة في تضييق دائرة الطلاق بما يتفق مع أصول الدين وقواعده ويوافق أقوال الائمة وأهل الفقه فيه ولو من غير أهل المذاهب الأربعة فوضعت مشروع القانون بما يتفق مع ذلك .

وليس هناك مانع شرعى من أخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة خصوصاً إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدى إلى جلب صالح عام أو رفع ضرر عام بناء على ما هو الحق من آراء علماء أصول الفقه .

وقد بنى مشروع القانون فى هذا الموضوع على المبادىء الآتية :

١ ـ طلاق السكران والمكره :

طلاق السكران لا يقع بناء على قول راجح لأحمد وقول فى المذاهب الثلاثة ورأى كثير من التابعين وأنه لا يعرف عن الصحابة قول فيه بالوقوع .

وطلاق المكره لا يقع بناء على مذهب الشافعية والمالكية وأحمد ودواد وكثير من الصحابة .

٢ ـ ينقسم الطلاق إلى منجز وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً وإلى مضاف كأنت طالق غدا وإلى يمين نحو : على الطلاق لا أفعل كذا وإلى معلق كأن فعلت كذا فأنت طالق .

والمعلق إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل الشىء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان فى معنى اليمين بالطلاق وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن فى معنى اليمين . واليمين فى الطلاق وما فى معناه لاغ أما باقى الأقسام فيقع فيها الطلاق .

وقد أخذ فى إلغاء اليمين بالطلاق برأى متقدمى الحنفية وبعض متأخريهم وهذا موافق لرأى الإمام على وشريح وداود وأصحابه وطائفة من الشافعية والمالكية وأخذ فى إلغاء المعلق الذى فى معنى اليمين برأى الإمام على وشريح وعطاء والحكم بن عتيبة وداود وأصحابه ابن حزم . وقد وضعت المادة (٢) من مشروع القانون متضمنة أحكام هذه الأقسام .

٣ ـ الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة وهو رأى محمد بن اسحق ونقل عن على وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير ونقل عن مشايخ قرطبة

ومنهم محمد بن تقى بن مخلد ومحمد بن عبد السلام ونقله بن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاووس وعمرو بن دينار وقد أفتى به عكرمة ودواد وقال ابن القيم أنه رأى أكثر الصحابة ورأى بعض أصحاب مالك ، ورأى بعض الحنفية ورأى بعض أصحاب أحمد (مادة ٣ من المشروع) .

٤ ـ كنايات الطلاق وهى ما تحمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية دون دلالة الحال كما هو مذهب الشافعى ومالك .

والمراد بالكناية هنا ما كان كناية فى مذهب أبى حنيفة (مادة ٤ من المشروع) .

٥ ـ أخذ بمذهب الإمام مالك والشافعى فى أن كل طلاق يقع رجعياً إلا ما استثنى فى المادة (٥) من المشروع .

ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو اللعنة أو اباء الزوج عن الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة .

٢ـ الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر

الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداها إلى ما خلق الله بينهما من ذرية وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص ولا ما يرجع الزوج عن غيه فيحتال كل إلى إيذاء الآخر قصد الانتقام .

تطالب الزوجة بالنفقة ولا غرض لها إلا احراج الزوج بتغريم المال ويطالب الزوج بالطاعة ولا غرض له إلا أن يتمكن من إسقاط نفقتها وأن تنالها يده فيوقع بها ما شاء من ضروب العسف والجور . هذا فضلا عما يتولد عن ذلك من إشكال تنفيذ حكم الطاعة وتنفيذ بالحبس لحكم النفقة وما قد يؤدى إليه استمرار الشقاق من الجرائم والآثام . تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جلية مما تقدم إليها من الشكايات فرأت أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الإمام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين عدا

الحالة التى يتبين للحكمين أن الإساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر « المواد من ٦ إلى ١١ » .

٣ - التطلق لغيبة الزوج أو لحبسه

كذلك قد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول كطلب العلم أو التجارة أو لانقطاع المواصلات ثم لا هو يحمل زوجته إليه ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجاً غيره ومقام الزوجة على هذا الحال زمناً طويلا مع محافظتها على العفة والشرف أمراً لا تحتمله الطبيعة فى الأعم الأغلب وإن ترك لها الزوج مالا تستطيع الانفاق منه .

وقد يقترف الزوج من الجرائم ما يستحق عقوبة السجن الطويل فتقع زوجته فى مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما تعالج به هذه الحالة ومعالجتها واجب اجتماعى محتم وبمذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب الذى يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسها إذا طالت غيبته سنة فأكثر وتضررت الزوجة من بعده عنها بعد أن يضرب له أجل ويعذر إليه بأنه إما أن يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها وإلا طلقها عليه القاضى هذا إذا أمكن وصول الرسائل إليه وإلا فيطلق القاضى عليه بلا ضرب أجل ولا إعذار .

وواضح أن المراد بغيبة الزوج هنا غيبته عنها بالإقامة فى بلد غير بلد الزوجة أما الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة فى بلد واحد فهى من الأحوال التى يتناولها التطليق للضرر .

والزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوى الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوى الأسير فى ذلك فيجوز لزوجته طلب التطليق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير لأن المناط فى ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهراً عنه بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها عنها (المواد من ١٢ إلى ١٤) .

٤ ـ دعوى النسب

بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن يثبت نسب ولد الزوجة فى أى وقت أتت به مهما تباعد الزوجان فيثبت نسب ولد زوجة مشرقية من زوج مغربى عقد الزواج بينهما مع إقامة كل فى جهته دون أن يجتمعا من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماعاً تصح معه الخلوة وذلك بناء على مجرد جواز الاجتماع بينهما عقلا .

كذلك يثبت نسب ولد المطلقة بائنا إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق ونسب ولد المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة .

ويثبت نسب ولد المطلقة رجعياً فى أى وقت أتت به من وقت الطلاق ما لم تقر بانقضاء العدة والعمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى إلى الجرأة على إدعاء نسب أولاد غير شرعيين وتقدمت بذلك شكاوى عديدة .

ولما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبيناً على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ولم يبن أغلبهم رأيه فى ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأبى حنيفة بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان وليس فى أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة فلم تر الوزارة مانعاً من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكثها الحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما حتى يشمل جميع الأحوال النادرة .

وبما أنه يجوز شرعاً لولى الأمر أن يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتيال ودعوى نسب ولد بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج وكذا دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته فى وقت ما ظاهر فيها الاحتيال والتزوير . لذلك وضعت المادة (١٥) من مشروع القانون .

٥ - النفقة والعدة

كان المتبع إلى الآن فى تقدير نفقة الزوجة على زوجها أن يراعى فى ذلك حال الزوجين معاً يساراً أو إعساراً أو توسطا فإن اختلف حال الزوجين بأن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً قدر للزوجة نفقة المتوسطين فإذا كان الزوج هو الموسر أمر باداء ما فرض وإذا كان هو المعسر أمر بأداء نفقة المعسرين والباقى يكون دينا عليه يؤديه إذا أيسر .

وبما أن هذا الحكم ليس متفقاً عليه بين مذاهب الائمة الأربعة فمذهب الشافعى ورأى صحيح فى مذهب أبى حنيفة لا تقدر نفقة الزوجة إلا باعتبار حال الزوج مهما كانت حالة الزوجة استنادا إلى صريح الكتاب الكريم ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسراً يسراً - اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** [١] ﴾ .

وبما أنه لا يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها مما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال فكان من المصلحة الأخذ بمذهب الشافعى والرأى الآخر من مذهب أبى حنيفة فى تقدير نفقة الزوجة على زوجها ولهذا وضعت المادة (١٦) من المشروع .

كذلك بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن بمقتضى القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ تستطيع المطلقة أن تأخذ نفقة عدة طويلة بدون حق فإنها إذا كانت مرضعة قد تدعى أن الحيض لم يأتها طول مدة الرضاعة وهى سنتان ثم تدعى بعد ذلك أنه لا يأتيها إلا مرة واحدة كل سنة وقولها مقبول فى ذلك وتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة خمس سنين وإذا كانت غير مرضع قد تدعى أن الحيض يأتيها مرة واحدة فى كل سنة فتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة مدة ثلاث سنين .

لما كان هذا الادعاء خلاف العادة الشائعة فى النساء كثرت شكوى الأزواج من تلاعب المطلقّات واحتيالهن لأخذ نفقة عدة بدون حق .

---

(١) سورة الطلاق : الآيتان ٦ ، ٧ .

فرأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى تعديل هذا الحكم بناء على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعى وهو أن أقصى مدة الحمل سنة وعلى أن لولى الأمر حق منع القضاة من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزوير والاحتيال فوضعت الفقرة الأولى من المادة (١٧) من القانون .

لاحظت الوازارة أن وضع المادة (٥) من المشروع قد يغرى بعض النساء المطلقات على الدعاوى الباطلة بعد وفاة أزواجهن فيدعين كذبا أن عدتهن لم تنقض من حين الطلاق إلى وقت الوفاة وأنهن وارثات . وليس هناك من الأحكام الجارى عليها العمل الآن ما يمنعهن من هذه الدعاوى ما دام كل طلاق يقع رجعيا لأن الطلاق الرجعى لا يمنع الزوجة من الميراث إذا مات زوجها فى العدة ومن السهل على فاسدات الذمم أن يدعين كذباً أنهن من ذوات الحيض وأنهن لم يحضن ثلاث مرات ولو كانت المدة بين الطلاق والوفاة عدة سنين وعسير على الورثة أن يثبتوا انقضاء عدتها لأن الحيض لا يعلم إلا من جهتها . ودعوى إقرارها بانقضاء العدة لا تسمع إلا طبق القيود المدونة بالمادة (١٢٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (القانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠) وهيهات أن تحقق هذه القيود . لهذا رؤى منع سماع دعوى الوراثة بسبب عدم انقضاء العدة إذا كانت المدة بين الطلاق والوفاة أكثر من سنة سواء كانت الدعوى من الزوجة أم من ورثتها من بعدها وذلك بناء على ما لولى الأمر من منع قضاته من سماع بعض الدعاوى الظاهر فيها التزوير وبناء على ما سبق بيانه من رأى الطبيب الشرعى قد وضعت الفقرة الثانية من المادة (١٧) من المشروع وإنما قيد عدم سماع الدعوى هنا بحالة الإنكار لأنه لا مانع شرعا من إقرار الورثة بمن يشاركهم فى الميراث .

ولما كانت أحكام النفقة تقدر من غير تحديد مدة رؤى من اللازم وضع الفقرة الأولى من المادة (١٨) مكملة لحكم المادة (١٧) لمنع تنفيذ أحكام النفقات بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق .

غير أن هنالك من هذه الأحكام ما صدر طبقا للتشريع الحالى فهل تنفذ هذه الأحكام لمدة ثلاث سنين أو خمس سنين طبقا للتشريع الذى صدرت الأحكام بمقتضاه

مع سقوط ذلك التشريع من يوم العمل بالقانون الجديد أو يسرى حكم القانون الجديد على تلك الأحكام بناء على أنه هو القانون الوحيد الذى يجب العمل به لأنه حل محل القانون القديم رأت الوزارة فى هذا الموضوع أن تجعل مدة السنة تبتدىء من تاريخ الطلاق فوضعت الفقرة الثانية من المادة (١٨) من المشروع لكن إذا كان وقت العمل بهذا القانون قد مضى على تاريخ الطلاق أكثر من سنة فلا تنفذ المطلقة إلا بما يكون مستحقا لها من النفقة إلى حين العمل بهذا القانون لأنه أصبح حقا مكتسبا لها والحقوق المكتسبة لا تمس .

٦ ـ المهـــر

كانت المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٠) نصها هكذا « يجب أن تكون الأحكام بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ومما دون بهذه اللائحة وبمذهب أبى يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار المهر » .

ولما صدر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ وكان مشتملا على أحكام غير ما استثنى فى المادة المذكورة زيد عليها الفقرة الآتية « ومع ذلك فإن المسائل المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ يكون الحكم فيها طبقا لأحكام ذلك القانون » .

والآن وقد وضع مشروع هذا القانون وهو يشتمل على أحكام غير ما استثنى بالمادة المشار إليها لم يكن بد من وضع استثناء آخر وهذا ما دعا الوزارة إلى أن تفكر فى وضع نص أعلم لهذه المادة يغنيها عن التعديل كلما عن لها أن تضع لها أحكاما لم ينص على استثنائها .

وفى الوقت نفسه لوحظ أن استثناء مذهب أبى يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار المهر بالصيغة التى هو بها لا محل له مع إدخال أحكام عديدة ليست من أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة بل ليست من مذهب أبى حنيفة نفسه . فهذه رؤى أن يوضع مذهب أبى يوسف عند إختلاف الزوجين فى مقدار المهر بنصه الفقهى إكتفاء بذلك عن استثنائه بالصورة التى هو عليها فى المادة ٢٨٠ أما وجه اختيار مذهب أبى يوسف فى هذا الباب فوارد بالمذكرة التفسيرية التى وضعت لمشروع القانون نمرة ٣١ لسنة ١٩١٠ (المادة ١٩ من مشروع القانون) .

٧ ـ سن الحضانة

جرى العمل إلى الآن على أن حق الحضانة ينتهى عند بلوغ الصغير سبع سنين وبلوغ الصغيرة تسعا وهى سن دلت التجارب عن أنها قد لايستغنى فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة فيكونان فى خطر ضمهما إلى غير النساء خصوصا إذا كان والدهما متزوجا بغير أمهما ولذلك كثرت شكوى النساء من انتزاع أولادهن منهن فى ذلك الوقت .

ولما كان المعول عليه فى مذهب الحنفية أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهوة وقد اختلف الفقهاء فى تقدير السن التى يكون عندها الاستغناء بالنسبة للصغير فقدرها بعضهم بسبع سنين وبعضهم قدرها بتسع سنين وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة بتسع سنين وبعضهم قدره بإحدى عشرة .

رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى أن يكون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع فإن رأى مصلحتها فى بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع فى الصغير وإحدى عشر فى الصغيرة وإن رأى مصلحتهما فى غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء (المادة ٢٠) .

٨ ـ المفقود

الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه أو بلغ من العمر تسعين سنة حسب أحكام مذهب أبى حنيفة الجارى عليها العمل بالمحاكم الشرعية أصبح لا يتفق الآن مع حالة الرقى التى وصلت إليها طرق المواصلات فى العصر الحاضر .

فإن التخاطب بالبريد والتلغراف والتليفون وانتشار مفوضيات وقنصليات المملكة المصرية فى أنحاء العالم جعل من السهل البحث عن الغائبين غيبة منقطعة (المفقودين) ومعرفة إن كانوا لا يزالون على قيد الحياة أولا فى وقت قصير .

وقد عنيت الوزارة قبل الآن بأمر زوجة المفقود فوضعت لها أحكام فى القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ من مذهب الإمام مالك . مادتى (٧ ، ٨) .

أما أمر ما له فقد ترك على الحالة الجارى عليها العمل من قبل بالمحاكم ولكن تبين من البحث وجود قضايا كثيرة بالمجالس الحسبية تختص بأموال المفقودين تستدعى الاهتمام والعناية بتصريف أمور هذه الأموال على وجه أصلح فقد بلغت هذه القضايا لغاية فبراير سنة ١٩٢٧ : ١١٦٦ قضية منها ٧٦٧ قضية تقل قيمتها عن مائة جنيه أو مجهولة القيمة ومنها ٣٦ قضية تزيد قيمتها عن ألف جنيه والباقى قيمته بين هذين المقدارين لهذا رأت الوزارة أن تضع أحكام الأموال المفقودة من الحالة الموجودة الآن وتتناسب مع حالة العصر الحاضر بقدر المستطاع ولما كان بعض المفقودين يفقد فى حالة يظن معها موته كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة ثم لا يعود أو يفقد فى ميدان القتال والبعض الآخر يفقد فى حالة يظن معها بقاؤه سالما كمن يغيب للتجارة أو طلب العلم أو سياحة ثم لا يعود رأت الوزارة الأخذ بمذهب الإمام أحمد بن حنبل فى الحالة الأولى وبقول صحيح فى مذهبه ومذهب الإمام أبى حنيفة فى الحالة الثانية - ففى الحالة الأولى ينتظر إلى تمام أربع سنين من حين فقده فإذا لم يعد وبحث عنه فلم يوجد اعتدت زوجته عدة الوفاة وحلت للأزواج بعدها وقسم ماله بين ورثته وفى الحالة الثانية يفوض أمر تقدير المدة التى يعيش بعدها المفقود إلى القاضى فإذا بحث فى مظان وجوده بكل الطرق الممكنة وتحرى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله فلم يجده وتبين له أن مثله لا يعيش هذا الوقت حكم بموته .

ولما كان الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة أنه لابد من حكم القاضى بموت المفقود وأنه من تاريخ الحكم بموته تعتد زوجته عدة الوفاة ويستحق تركته ورثته الموجودون وقد رؤى الأخذ بمذهبه فى الحالتين لأنه أضبط وأصلح لنظام العمل فى القضاء لهذا وضعت المادتان الحادية والعشرون والثانية والعشرون من هذا النوع .

٩ ـ أحكام عامة

سبق أن أوردنا فى الباب الخاص بدعوى النسب رأى الطبيب الشرعى فى مدة الحمل وأنه يرى عند التشريع اعتبار أقصاها ٣٦٥ يوما حتى يشمل جميع الأحوال النادرة فلهذا رؤى تحديد السنة التى تذكر فى معرض أحكام النسب والعدة والتطليق لغيبة الزوج أو حبسه بما يتفق مع هذا الرأى أما فيما عدا ذلك فالمراد هو السنة الهجرية ولهذا وضعت المادة الثالثة والعشرون .

وإذا قد أصبحت المواد ٣ و ٧ و ١٢ من القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ لا ضرورة إليها بعد الأخذ بأحكام المشروع الحالى فقد تعين إلغاؤها ولزم النص على ذلك فى المادة الرابعة والعشرين .

وقد رؤى من اللازم بمناسبة وضع هذا المشروع تعديل نص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب وإجراءات المحاكم الشرعية بما يلزم القضاة بالعمل بكل ما صدر أو يصدر من القوانين فى مسائل الأحوال الشخصية تفاديا من الاضطرار إلى تعديلها كلما أريد إصدار قانون فى بعض تلك المسائل ولذلك وضعت المادة ٢٨٠ بصيغتها الجديدة .

وبناء على ما تقدم نتشرف بأن نرفع إلى مجلس الوزراء مشروعى القانونين المرافقين لهذه المذكرة ونرجو إذا وافق المجلس أن يتكرم برفعهما لأعتاب حضرة صاحب الجلالة الملك لإصدار المرسوم اللازم .

القاهرة فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٩ .

وزير الحقانية

القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥
بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية [1]

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه ، وقد أصدرناه :

(المـادة الأولى)

تضاف إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية مواد جديدة بأرقام : (٥ مكررا) ، (١١ مكررا) ، (١١ مكررا ثانيا) ، (١٨ مكررا) ، (١٨ مكررا ثانيـــا) ، (١٨ مكررا ثالثـــا) ، (٢٣ مكررا) تكون نصوصها كالآتى [2] :

(المـادة الثانية)

يستبدل بنص المادة (١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية النص الآتى [3] :

---

(١) الجريدة الرسمية فى ٤ / ٧ / ١٩٨٥ ـ العدد ٢٧ تابع .

وكان قد دفع بعدم دستورية القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ من خلال القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية « دستورية » بقالة مخالفة هذا القانون للأوضاع الشكلية التى تطلبتها المادة ١٩٤ من الدستور ، على أساس أن مجلس الشورى يختص بدراسة واقتراح ما يراه كفيلا بالحفاظ على المقومات الأساسية للمجتمع وقيمه العليا وتندرج تحتها الأسرة التى نص الدستور على أنها أساس المجتمع ، وأن قوامها الدين والأخلاق والوطنية بما مؤداه أن اغفال عرض هذا القانون على مجلس الشورى قبل تقديمه إلى السلطة التشريعية لإقراره ، إنما ينحل إلى اهدار لشكلية جوهرية لا يقوم هذا القانون سوياً على قدميه بتخلفها . وقد خلصت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر بتاريخ ١٥ / ٣ / ١٩٩٣ (الجريدة الرسمية فى ١٩٩٣/٦/٥ ـ العدد ٢٢ « تابع ») إلى رفض هذا النعى على سند من أن قانون الأحوال الشخصية لا يتناول موضوعا نص الدستور على أن يكون تنظيمه بقانون وأنه أيا كان وجه الرأى فى شأن اتصال النصوص التشريعية التى تضمنها قانون الأحوال الشخصية بقاعدة دستورية أو انفكاكها عنها ، فإنه مراعاة الشكلية المنصوص عليها فى المادة ١٩٥ من الدستور لا يكون واجبا من زاوية دستورية (انظر مدونات هذا الحكم فى هامش التطبيق على المادة ٢٠ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل) .

(٢) أنظر المواد المضافة فى المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(٣) أنظر المادة المستبدلة فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

(المـادة الثالثة)

يستبدل بنصوص المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٦ ، ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية النصوص الآتية [١] :

(المـادة الرابعة)

على المحاكم الجزئية أن تحيل دون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك بالحالة التى تكون عليها .

وفى حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمر الإحالة إليه مع تكليفه بالحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى .

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها ، وتبقى خاضعة لأحكام النصوص السارية قبل العمل بهذا القانون .

(المـادة الخامسة)

يلغى كل ما يخالف أحكام هذا القانون .

(المـادة السادسة)

على وزير العدل أن يصدر القرار اللازم لتنفيذ هذا القانون خلال شهرين من تاريخ صدوره [٢] .

---

(١) أنظر المواد المستبدلة فى المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(٢) صدر فى ١٧ / ١٧ / ١٩٨٥ قرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ (الوقائع المصرية فى ١٩٨٥/٧/٢٩ ـ العدد ١٩٧٣) بشأن أوضاع وإجراءات إعلان وتسليم إشهاد الطلاق إلى المطلقة وإخطار الزوجة بالزواج الجديد تنفيذا للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، وذلك على النحو الآتى :

وزير العدل :

بعد الاطلاع على المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ؛

. . . .

- وعلى المادة ٣٨١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها ؛

وعلى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق ولائحته التنفيذية .

وعلى قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ؛

وعلى لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ ٤ يناير سنة ١٩٥٥ ؛

وعلى لائحة الموثقين المنتدبين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ ٢٦ من ديسمبر سنة ١٩٥٥ ؛

قـــــرر

مـــــادة ١ ـ على الموثق المختص بتوثيق إشهاد الطلاق أن يثبت فيه بيانا واضحا عن محل إقامة المطلقة . ويكون إثبات هذا البيان بإرشادها فى حالة حضورها توثيق الإشهاد وبإرشاد المطلق فى حالة عدم حضورها .

ويجب على الموثق المختص فى جميع الأحوال إثبات محل إقامة المطلق فى إشهاد الطلاق .

مـــــادة ٢ ـ يجب على الموثق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق إشهاد الطلاق إعلان المطلقة لشخصها على يد محضر بوقوع الطلاق وذلك فى حالة عدم حضورها توثيق إشهاده .

مـــــادة ٣ ـ يجب أن يتضمن الإعلان المشار إليه فى المادة السابقة البيانات الآتية :

١ ـ تاريخ وقوع الطلاق .

٢ ـ اسم الموثق الذى وثق إشهاد الطلاق ومقر عمله .

٣ ـ رقم إشهاد الطلاق .

٤ ـ بيان الطلاق الذى تضمنه الإشهاد .

٥ ـ إخطار المطلقة باستلام نسخه من إشهاد الطلاق الخاص بها من الموثق المختص خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإعلان .

مـــــادة ٤ ـ فيما عدا ما تقدم تطبق القواعد والإجراءات المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية على الإعلان بوقوع الطلاق .

مـــــادة ٥ ـ على الموثق تسليم المطلقة أو من تنيبه عنها نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها بعد أخذ إيصال بذلك يوفق بأصل الإشهاد ، فإذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لدى الموثق لاستلام نسخة الإشهاد الخاصة بها يجب على الموثق تسليم هذه النسخة إلى المحكمة التابع لها بعد انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ التوثيق بمقتضى إيصال يفيد ذلك وعلى المحكمة فى هذه الحالة إرسالها إلى المطلقة بكتاب مسجل بعلم الوصول إن كانت تقيم فى مصر أو بواسطة وزارة الخارجية إن كانت تقيم فى الخارج .

مـــــادة ٦ ـ على الموظف المختص بالمحكمة قيد نسخ إشهادات الطلاق التى تسلم إليه فور استلامها فى سجل خاص يبين فيه رقم الاشهاد وتاريخ واسم الموثق واسم المطلقة ومحل إقامة كل منهما وبيان الطلاق الوارد بالإشهاد وتاريخ استلامه نسخة الإشهاد بالمطلقة وعليه إرسالها فى اليوم التالى لاستلامها إلى المطلقة وفقا =

(المـادة السابعة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، وذلك عدا حكم المادة (٢٣ مكرراً) فيسرى حكمها من اليوم التالى لتاريخ نشره (١) .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية فى ١٦ شوال سنة ١٤٠٥ (٣ يولية سنة ١٩٨٥)

= لأحكام المادة السابقة مع اثبات تاريخ ورقم الإرسال فى السجل المشار إليه ، والتأشير فيه بعد ذلك بما تم نحو تسليم النسخة إلى المطلقة .

مـــادة ٧ ـ إذا أعيدت نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة إلى المحكمة بعد إرسالها لتعذر تسليمها ، فعلى الموظف المختص بالمحكمة حفظها فى ملف خاص والتأشير بذلك فى السجل المشار إليه فى المادة السابقة .

مـــادة ٨ ـ على الموثق المختص بتوثيق الزواج أن يثبت فى الوثيقة بيانا واضحا عن حالة الزوج الاجتماعية فإذا كان متزوجا فيجب أن يتضمن هذا البيان اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمة الزوج ومحال إقامتهن ويثبت هذا البيان من واقع إقرار الزوج .

مـــادة ٩ ـ على الموثق إخطار الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمة الزوج بالزواج الجديد خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق الزواج وذلك بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول إن كانت الزوجة تقيم فى مصر أو بالطريق الذى رسمه قانون المرافعات المدنية والتجارية إن كانت تقيم فى الخارج .

مـــادة ١٠ ـ يلغى قرار وزير العدل رقم ٢٤٤٥ لسنة ١٩٧٩ كما يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القرار .

مـــادة ١١ـ ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية ؛

وزير العدل

(١) كان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية (وافق عليه مجلس الشعب بجلسته المنعقدة بتاريخ ٣ / ٧ / ١٩٧٩) والذى قضى فيما بعد بعدم دستوريته قد تضمنت نصوصه ـ بعد الديباجة ـ الآتى :

المادة الأولى

تضاف إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مواد جديدة بأرقام (٥ مكررا) ، (٦ مكررا) (٦ مكررا ثانيا) ، (١٨ مكررا) ، (١٨ مكررا ثانيا) ، (٢٣ مكررا) تكون نصوصها كالآتى :ـ

مـــادة (٥ مكررا)

يجب على المطلق أن يبادر إلى توثيق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص . =

- وتترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به .

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فإذا لم تحضره كان على المطلق إعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو في محل اقامتها الذى يرشد عنه المطلق ، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وذلك كله وفق الأوضاع والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

مـــادة (٦ مكررا)

على الزوج أن يقدم للموثق إقرارا كتابيا يتضمن حالته الاجتماعية فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات الآتى فى عصمته وقت العقد الجديد ومحال إقامتهن وعلى الموثق اخطارهن بالزواج الجديد بكتاب موصى عليه .

ويعتبر اضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى عقد زواجها عدم الزواج عليها وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها .

ويسقط حق الزوجة فى طلب التفريق بمضى سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا .

مـــادة (٦ مكررا ثانيا)

إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجية من تاريخ الامتناع .

وتعتبر ممتنعه دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين فى هذا الاعلان المسكن .

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية فى خلال عشرة أيام من تاريخ هذا الإعلان وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها .

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم فى الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون .

مـــادة (١٨ مكررا)

الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط .

مـــادة (١٨ مكررا ثانيا)

إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه .

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب مايكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة =

. . . .

- عشر من عمره قادرا على الكسب المناسب ، فإن أتمها عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لامثاله ولاستعداده أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه .

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم .

مــادة (٢٣ مكررا)

يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة شهور وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة الخامسة مكررا من هذا القانون أو أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته .

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه هذا القانون . ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة .

المادة الثانية :

يستبدل بنص المادة (١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية النص الآتى :

« تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما موسرة كانت أو مختلفة معه فى الدين » .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها بدون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج .

ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجية خروجها من مسكن الزوجية - بدون إذن زوجها - فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها العرف أو عند الضرورة ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وتعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الابراء ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفى بحاجتها الضرورية .

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى .

المادة الثالثة :

يستبدل بنصوص المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٦ ، ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية النصوص الآتية :

. . . .

- مـــادة (٧) :

يشـتـرط فى الحكمين أن يكونا عـدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيـرهم ممن لهم خـبـرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهم .

مـــادة (٨) :

أ- يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على أن لا تجاوز مدة ستة شهور وتخطر المحكمـة الحكمين والخصوم بذلك . وعليهـا تحـليف كل من الحـكمين اليمين بأن يقوم بمهمـتـه بعدل وبأمانة .

ب- يجـوز للمـحكمـة أن تعطى للحكمين مـهـلة أخرى مرة واحـدة لا تزيد على ثلاثة شهـور فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين .

مـادة (٩) :

لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسبـاب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جـهدهما فى الإصـلاح بينهما على أية طريقة ممكنة .

مـــادة (١٠) :

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

١ ـ فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشىء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

٢ ـ وإذا كانت الإساءة من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدر انه تلزم به الزوجة .

٣ ـ وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل أو ببذل يتناسب مع نسبة الإساءة .

٤ ـ وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تفريقا دون بدل .

مـــادة (١١) :

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها . فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الاصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨) .

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا التقرير فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الإثبات وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها التعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض .

مـــادة (١٦) :

تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

. . . .

- وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطه أن يفرض للزوجة فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فورا إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائيا بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

مــــادة (٢٠)

ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى دلك .

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين .

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا ، نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا .

ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا ، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى فإن تكرر منه دلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء ، مقدما فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ، ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى :

الأم ، فأم الأم وإن علت ، فأم الأب وإن علت ، فالأخوات الشقيقات ، فالأخوات لأم ، فالأخوات لأب ، فبنت الأخت الشقيقة ، فبنت الأخت لأم ، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات فبنت الأخت لأب ، فبنات الأخ بالترتيب المذكور ، فالعمات بالترتيب المذكور ، فخالات الأم بالترتيب المذكور ، فخالات الأب بالترتيب المذكور ، فعمات الأم بالترتيب المذكور ، فعمات الأب بالترتيب المذكور .

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء ، أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانة النساء ، انتقل الحق فى الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث ، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة .

فإن لم يوجد أحد من هؤلاء ، انتقل الحق فى الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى :-

الجد لأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، فالخال لأب ، فالخال لأم .

المـادة الرابعـة :

للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ، ما لم يهيء المطلق مسكنا آخر مناسبا ، فإذا انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا .

وتختص المحكمة الابتدائية بالفصل فى الطلبين المشار إليهما فى الفقرة السابقة . -

. . . .

= ويجوز للنائب العام أو المحامي العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائيا في النزاع .

المادة الخامسة :

على المحاكم الجزئية أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديه من دعاوى أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك بالحالة التي تكون عليها وفي حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمر الإحالة إليه مع تكليفه بالحضور في المواعيد العادية أمام المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى .

ولا تسري أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها وتبقى خاضعة لأحكام النصوص السارية قبل العمل بهذا القانون .

المادة السادسة :

يلغى كل ما يخالف أحكام هذا القرار .

المادة السابعة :

ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية ويكون له قوة القانون ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره .

صدر برئاسة الجمهورية في ٢٥ رجب سنة ١٣٩٩ (٢٠ يونية سنة ١٩٧٩)

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في ٤ / ٥ / ١٩٨٥ بعدم دستورية القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وذلك في القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية ، دستورية ، (الجريدة الرسمية في ١٦/٥/١٩٨٥ العدد ٢٠) .

وجاء نصه بعد الديباجة كالآتي :

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من قرار الاحالة وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعية كانت قد أقامت الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٠ ولاية على النفس البداري ضد زوجها المدعى عليه طالبة الحكم لها عليه بنفقة شرعية اعتبارا من أول نوفمبر سنة ١٩٧٩ . وبجلسة ٢ سبتمبر سنة ١٩٨٠ قضت محكمة البداري الجزئية للأحوال الشخصية بوقف الدعوى وإحالة الأوراق وإلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .

وحيث إن الحكومة دفعت بعدم قبول الدعوى استنادا إلى أن قرار الإحالة جاء خلوا من بيان النص الدستوري المدعى بمخالفته خروجا على ما توجبه المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا .

وحيث إنه يبين من قرار الإحالة أن المحكمة استظهرت النصين الواجب تطبيقهما على واقعة الدعوى وهما المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلتان بمقتضى المادتين الثانية والثالثة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، وقد تراءى للمحكمة عدم دستورية هذا التشريع في جملته لمخالفته المادتين ١٠٨ و١٤٧ من الدستور ، إذا لم يستند رئيس الجمهورية في إصداره إلى تفويض من مجلس الشعب يخوله هذه السلطة ، كما أنه لم تتوفر عند إصداره في غيبة مجلس الشعب ظروف توجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا =

. . . .

- تحتمل التأخير . لما كان ذلك ، وكان ما أورده قرار الإحالة واضح الدلالة فى بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة - على النحو الذى يتحقق به ما تغياه المشرع فى المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، فإن الدفع بعدم قبول الدعوى يكون فى غير محله متعينا رفضه .

وحيث أن الدعوى استوفت أوضاعها القانونية .

وحيث أن يبين من الاطلاع على القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المطعون عليه ، أنه استهدف معالجة الأوضاع المتعلقة بالأسرة وتنظيم استعمال الحقوق المقررة شرعا لأفرادها ، فكان قوامه والباعث عليه ما يتصل بمسائل الأحوال الشخصية التى تدور جميعها فى فلك واحد هو تنظيم شئون الأسرة فيما يتعلق بالزواج والطلاق والنفقة والحضانة . فقد نصت مادته الأولى على أن « تضاف الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مواد جديدة بأرقام (٥ مكررا) ، (٦ مكررا) ، (٦ مكررا ثانياً) ، (١٨ مكررا) ، (٢٣ مكررا) » ، وتتضمن هذه المواد الأحكام الخاصة بكيفية توثيق الطلاق والاعلام بوقوعه وما يترتب على ذلك من اثار (٥ مكررا) وأنه يعتبر اضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها واخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها (٦ مكررا) وبيان الآثار المترتبة على نشوز الزوجة (٦ مكررا ثانيا) وتقرير متعة للزوجة عند طلاقها بدون رضاها (١٨ مكررا) واستحقاق نفقة الصغير على أبيه (١٨ مكررا ثانيا) وفرض عقوبات جنائية لمخالفة بعض أحكام هذا القانون (٢٣ مكررا) ونصت المادة الثانية من القرار بقانون المطعون عليه على أن يستبدل بنص المادة (١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ نص جديد يتضمن الأحكام الخاصة بشروط استحقاق نفقة الزوجية وأحوال سقوطها . وتقضى المادة الثالثة منه بأن يستبدل بنصوص المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٦ ، ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ النصوص المحددة فى هذه المادة والتى تشتمل على الأحكام المتعلقة بإجراءات التحكيم عند وقوع الشقاق بين الزوجين (٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١) وبما يفرض على الزوج من نفقة مؤقتة لزوجته (١٦) وأحوال حضانة الصغار وأصحاب الحق فيها وشروطها (٢٠) . ثم نص القرار بقانون المشار إليه فى مادته الرابعة على حق المطلقة الحاضنة فى الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر وشروط استعمال هذا الحق وتحديد الجهة المختصة بالفصل فى الطلبات المتعلقة به والمنازعات التى تثور فى شأنه . وأوجب فى المادة الخامسة على المحاكم الجزئية أن تحيل إلى المحاكم الابتدائية الدعاوى التى أصبحت من اختصاصها بمقتضى أحكامه . وقضى فى المادة السادسة بالغاء كل من يخالف هذه الأحكام . وانتهى فى المادة السابعة والأخيرة إلى النص على نشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية وأن تكون له قوة القانون وأن يعمل به من تاريخ نشره .

وحيث إن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى الدولة ، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة واهدار ما يخالفها من تشريعات . وهذه القواعد والأصول هى التى يرد اليها الأمر فى تحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل من أعمال أخرى استثناء من الأصل العام الذى يقضى بانحصار نشاطها فى المجال الذى يتفق مع طبيعة وظيفتها . وإذا كانت هذه الأعمال الاستثنائية قد أوردها الدستور على سبيل الحصر والتحديد فلا يجوز لأى من تلك السلطات أن تتعداها إلى غيرها أو تجور على الضوابط =

. . . .

= والقيود المحددة لها ، فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تخضع - متى انصبت على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التى عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها ، بغية الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها .

وحيث إن سن القوانين عمل تشريعى تختص به الهيئة التشريعية التى تتمثل فى مجلس الشعب طبقا للمادة ٨٦ من الدستور . والأصل أن تتولى هذه الهيئة بنفسها سلطة التشريع على مقتضى القواعد المقررة فى الدستور ، إلا أنه نظرا لما قد يطرأ فى غيبة مجلس الشعب من ظروف توجب سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير ، فقد أجاز الدستور لرئيس الجمهورية فى تلك الحالات أن يصدر فى شأنها قرارات لها قوة القانون . وقد حرص المشرع الدستورى على أن يضع لهذه السلطة لاستثنائية فى التشريع من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحويلها - إلى ممارسة تشريعية مطلقة ، موفقا بذلك بين مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات وضمان مباشرة كل منها للمهام المنطوية بها ، وبين الاعتبارات العملية الملحة التى تتطلب تخويل رئيس الجمهورية رخصة التشريع على سبيل الاستثناء - المواجهة تلك الظروف الطارئة حال غياب المجلس التشريعى المختص أصلا بذلك . من أجل ذلك نص الدستور فى الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ على أنه : « إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون وفى الفقرة الثانية على أنه : « ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس ، قائما وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر » .

وحيث إن المستفاد من هذا النص الدستورى وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصا فى اصدار قرارات تكون لها قوة القانون فى غيبة مجلس الشعب ، إلا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائى حدودا ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية ، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما يتصل بمآل ما قد يصدر من قرارات استنادا اليه . فأوجب لاعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائبا وأن تتهيأ خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار أن تلك الظروف هى مناط هذه الرخصة وعلة تقريرها . وإذ كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعى الاستثنائى ، فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد إليهما للتحقق من قيامهما ، باعتبارهما من الضوابط المقررة فى الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات ، شأنهما فى ذلك شأن الشروط الأخرى التى حددتها المادة ١٤٧ ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة استنادا إليها على مجلس الشعب للنظر فى إقرارها أو علاج آثارها .

وحيث إنه يبين من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المطعون عليه أن الأسباب التى استندت اليها الحكومة فى التعجيل باصداره فى غيبة مجلس الشعب ، تتمثل فيما أوردته مذكرته الإيضاحية من « أن القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاصين ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد مضى على صدورهما قرابة خمسين عاما طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادى والأدبى التى انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذى حمل القضاة عبئا كبيرا فى تخريج أحكام الحوادث التى تعرض عليهم ، وقد كشف ذلك عن قصور فى بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا =

. . . .

- إلى البحث عن أحكام الأحوال التى استجدت فى حياة المجتمع المصرى وذلك فى نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أى حق مقرر بدليل قطعى لأى فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق ، كما أنه عند عرض القرار بقانون (محل الطعن) على مجلس الشعب للنظر فى إقراره ، أفصح وزير الدولة لشئون مجلس الشعب عن ماهية الضرورة التى دعت إلى إصداره بقوله ، ولا شك أن الضرورة تحتم استصدار قانون لتعديل الأحوال الشخصية وقد طال الأمد على استصدار هذه القوانين ، وطول الأمد واستطالة المدة هى حالة الضرورة ، بل هى حالة الخطورة فالأسرة المصرية هى تنتظر هذا الاصلاح منذ عام ١٩٠٥ ، واللجان تنعقد وتتعثر أعمالها ولكن دون جدوى ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، والقانونان اللذان يحكمان مجال الأسرة رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠ ورقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ كلاهما يحتاج إلى تعديل منذ صدورهما ، أى منذ عامى ١٩٢٠ و ١٩٢٩ . أليس فى هذا كله مدعاة لضرورة يقدرها ولى الأمر ليصدر قرارا ثوريا بإصلاح الأسرة ؟ لو ترك الأمر لاقتراح بقانون أو لمشروع بقانون وثارت حوله المناقشات وظل شهورا وسنين فأين هى الحاجة التى تدعو إلى تحقيق اصلاح الأسرة بقرار ثورى مثل القرار بقانون المعروض ، .

لما كان ذلك ، وكانت الأسباب سالفة البيان . وحاصلها مجرد الرغبة فى تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما استجد من تغييرات فى نواحى المجتمع وإن جاز أن تندرج فى مجال البواعث والأهداف التى تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقا لاصلاح مرتجى إلا أنه لا تتحقق بها الضوابط المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من الدستور ، ذلك أن تلك الأسباب تفيد أنه لم يطرأ خلال غيبة مجلس الشعب ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التى تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التى خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار إليها ومن ثم فإن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ إذ صدر استنادا إلى هذه المادة ، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها ، يكون مشوبا بمخالفة الدستور .

وحيث إنه لا ينال مما تقدم ما أثارته الحكومة من أن تقدير الضرورة الداعية لإصدار القرارات بقوانين عملا بالمادة ١٤٧ من الدستور متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة مجلس الشعب باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التى لا تمتد إليها الرقابة الدستورية ، ذلك أنه وإن كان لرئيس الجمهورية سلطة التشريع الاستثنائية طبقا للمادة المشار إليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب ، إلا أن ذلك لا يعنى اطلاق هذه السلطة فى إصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور والتى سبق أن استظهرتها المحكمة ومن بينهما اشتراط أن يطرأ ـ فى غيبة مجلس الشعب ـ ظروف من شأنه توفر الحالة الداعية لاستعمال رخصة التشريع الاستثنائية وهو ما لم تكن له قائمة بالنسبة للقرار بقانون المطعون عليه الأمر الذى يحتم اخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية .

وحيث إنه ـ من ناحية أخرى ـ فإن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون المطعون عليه لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذى نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستورى الذى لازم صدوره . كما أنه ليس من شأن هذا الإقرار فى ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعى جديد يدخل فى زمرة القوانين التى يتعين أن يتبع فى كيفية اقتراحها والموافقة عليها ـ

المذكـرة الإيضاحيـة

للاقتراح بمشروع قانون بتعديل

بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية[1]

(قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥)

الأسرة أساس المجتمع لأنه يتكون من مجموعة من الأسر يرتبط بعضها ببعض ويقوى المجتمع ويضعف بقدر تماسك الأسر التى يتكون منها أو انفصامها ، وكلما قويت الأسرة أشتد ساعد المجتمع وإذ تفرقت وانحلت روابطها تدهورت الأمة ، ولقد عنى القرآن الكريم بترابط الأسرة وتأكيد المودة والرحمة بين أفرادها ، فأرشد إلى أن الناس جميعا أصلهم واحد خلقهم الله من ذكر وأنثى ، ووجه إلى أهمية رباط الأسرة فى قوله تعالى **﴿ يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى ، وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم ﴾** من الآية رقم ١٣ من سورة الحجرات ، وهذه الآية الكريمة ترشدنا إلى أن الزواج هو أصل الأسرة به تتكون وفى ظله تنمو .

ومن هنا أخذت العلاقة الزوجية حظا وافرا فى الشريعة الإسلامية فقد عنى بها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، فجاءت آيات القرآن مبينة أحكامها داعية للحفاظ عليها **﴿ والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات ﴾** الآية ٧٢ من سورة النحل ، **﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾** الآية ٣١ من سورة الروم .

= وإصدارها القواعد والإجراءات التى حددها الدستور فى هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون .

وحيث إنه لما كان ما تقدم ، وكان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية المطعون عليه قد استهدف بتنظيمه التشريعى المترابط موضوعا واحدا قصد به معالجة بعض مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالأسرة على ما سلف بيانه ، وكان العيب الدستورى الذى شابه قد عمه بتمامه لتخلف سند إصداره ، فإنه يتعين الحكم بعدم دستوريته برمته .

(١) مضبطة مجلس الشعب الجلسة السادسة والتسعين بتاريخ ٣٠ يونية سنة ١٩٨٥ دور الانعقاد العادى الأول من الفصل التشريعى الرابع .

والزواج عهد وميثاق ميزه الإسلام عن سائر العقود فلا يجرى على نفسها ولا يقاس عليها فقد جعله القرآن ميثاقا غليظا : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج و آتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتاناً وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضي بعضكم إلي بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا ﴾ من الآية ٢٠ من سورة النساء .

وبهذا الميثاق ألحق الله عقد الزواج بالعبادات ، فإن المتتبع لكلمة (ميثاق) ومواضعها فى القرآن الكريم لا يكاد يجدها إلا حيث يأمر الله بعبادته وتوحيده والأخذ بشرائعه وأحكامه وبعد أن وصف الله الزواج بأنه ميثاق غليظ بين الزوجين ، صور الخلطة بين طرفيه فقال : ﴿ هن لباس لكم وأنتم لباس لهن ﴾ من الآية رقم ١٧ من سورة البقرة وكانت أهم عناصر الامتزاج بينهما السكن والمودة والرحمة . ثم امتن الله على الناس بأن ثمرة هذا الرباط المحاط بكل هذه المواثيق البنين والأحفاد ليعمروا الأرض وليعبدوا الله .

وإذ قد تراخت المروءة فى هذا الزمن وانعدمت ، لا سيما بين قواعدها وأصولها قد قطعت فى أمور رأت أنها ثابتة لا تتغير فإنها فى أمور أخرى وضعت ضوابط عامة تدور فى نطاقها الأحكام وفقا لتطور الأزمان وتغاير الأحداث وأناطت بولى أمر المسلمين أن يشرع لهم فى نطاق أصول الشريعة ما يصلح به حياتهم وتستقيم معه قناتهم .

وإذا كانت مذاهب فقه الشريعة الإسلامية قد أثرت الفقه التشريعى استنباطا من القرآن الكريم الكريم والسنة الشريفة فإن اختلاف الفقهاء لم يكن على حكم قطعى وإنما كان مرده إلى أصول الاستنباط وقواعده وفى المسائل التى للاجتهاد فيها النصيب الأوفى .

ولما كانت مسائل الأسرة محكومة منذ تنظيم المحاكم الشرعية فى مصر بالقواعد التى بينتها المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب هذه المحاكم والتى جرى نصها بأن :

تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد » .

وأخذا بسنة التطور التشريعي سبق أن صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض الأحكام الخاصة بالنفقة والعدة والطلاق والمفقود أخذا من مذاهب أخرى غير المذهب الحنفي .

ولقد مضى على صدور هذين القانونين قرابة الخمسين عاما طرأ اثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذى حمل القضاة عبئا كبيرا فى تخريج أحكام الحوادث التى تعرض عليهم ، وقد كشف ذلك عن قصور فى بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا إلى البحث عن أحكام الأحوال التى استجدت فى حياة المجتمع المصرى وذلك فى نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أى حق مقرر بدليل قطعى لأى فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق على ما يبين فيما بعد .

حق الطاعة

لما كانت الشريعة الإسلامية قد جعلت حقوق الزوجية وواجباتها متقابلة فحين الزمت الزوج بالأنفاق على زوجته فى حدود استطاعته أو جبت على الزوجة طاعته وكان مظهر هذه الطاعة أن تستقر الزوجة فى مسكن الزوجية الذى هيأه لها الزوج امتثالا لقول الله تعالى ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن** ﴾ من الأية ٦ من سورة الطلاق .

ومن هنا قرر الفقهاء أن الأصل فى الزوجة الطاعة وأنه إذا امتنعت عن طاعة الزوج فإنها تكون ناشزا وتسقط نفقتها من تاريخ هذا الامتناع .

وتنظيما لهذا جاءت المادة (٦ مكررا ثانيا [١]) حيث قضت بأن امتناع الزوجة عن طاعة الزوج دون حق يترتب عليه وقف نفقتها من تاريخ الامتناع وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعلى الزوج أن يبين فى هذا الإعلان المسكن .

---

(١) المادة رقم ٦ مكررا ثانيا فى المشروع أصبحت فى القانون برقم ١١ مكررا ثانيا .

ثم أتاح للزوجة الاعتراض وأوجب عليها أن تبين فى صحيفة اعتراضها الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها وإذا خلا الاعتراض من هذه الأوجه كان على المحكمة أن تقضى بعدم قبوله .

الطلاق للضرر

سبق أن قررت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مبدأ الطلاق للضرر فنصت على أنه :

« إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ... » .

وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك ومثله فى مذهب الإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنهما وخالف فى هذا المبدأ الإمامان أبو حنيفة والشافعى رضى الله عنهما .

والأصل فى جواز التطليق للضرر قوله تعالى ﴿ **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما** ﴾ من الآية رقم ٣٥ من سورة النساء .

فقد فهم بعض الصحابة أن حق الحكمين مطلق فى الإصلاح أو التفريق وأن على القاضى أن يقضى بما يريانه ، ومن هؤلاء على بن أبى طالب وعبد الله بن عباس ، ولم يعرف لهما مخالف وهو يتفق مع المأثور من أحاديث الرسول ﷺ إذ قال « لا ضرر ولا ضرار » كما يتفق كذلك مع وصايا القرآن الكريم فى مثل قوله تعالى: ﴿ **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ من الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة ، وإذا فات الإمساك بالمعروف تعين التسريح بالإحسان .

ولما كانت مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة ، مشكلة اجتماعية يتعين علاجها فإن المشروع رأى أن يكون تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى نوع خاصا من الضرر ينص عليه وهو فى نطاق القاعدة العامة ـ للتطليق للضرر ـ فإذا لحق الزوجة

الأولى ضرر من الزواج عليها بأخرى . كان لها حق طلب التطليق للضرر سواء كان الضرر ماديا أو إدبيا أو نفسيا ، ومستند هذا الحكم مذهب الإمام مالك وما توجبه القاعدة الشرعية في الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار » والتخريج على مذهب الإمام أحمد وقواعد فقه أهل المدينة .

الطـــلاق

إن القرآن قد اختص الزوج بالطلاق وحل عقد الزواج فقد أسندت الآيات العديدة الطلاق إلى الرجال ووجهت الخطاب اليهم ومنها الآيات أرقام ٢٣٠ و ٢٣١ و ٢٣٢ و ٢٣٦ و ٢٣٧ من سورة البقرة و ٤٩ من سورة الأحزاب والآية الأولى من سورة الطلاق والخامسة من سورة التحريم ومع هذا الاختصاص قال رسول ﷺ في شأنه « إن أبغض الحلال إلى الله الطلاق » مرشداً بهذا إلى أن على الزوج ألا يلجأ إلى حل الوثاق بالطلاق إلا عند استحكام الشقاق فهو إلى باب الكراهة أقرب .

ولما كان قد ظهر من استقصاء حالات الطلاق أن بعض الأزواج قد لجأوا إلى إيقاع الطلاق في غيبة زوجاتهم وأخفوا عنهن خبره وفي هذا اضرار بالمطلقات وتعليق لهن بدون مبرر ، بل أن بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رسميا لدى الموثق ثم يحتفظ بورقتي الطلاق لديه متظاهراً للزوجة باستدامة عشرتها حتى إذا ما وقع خلاف بينهما أبرز سند الطلاق شاهرا إياه في وجهها محاولا به إسقاط حقوقها ، وقد سبق لبعض فقهاء المذهب الحنفي أن واجهوا حال إخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة إلى وقت الإقرار من الزوج بحدوث الطلاق فقالوا « لو كتمتم طلاقها لم تنقض العدة زجرا له » . بمعنى أن الزوج إذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبدأ العدة إلا من وقت هذا الإقرار ولا يعتد بإسناد الطلاق إلى تاريخ سابق « الدر المختار للحصكفي وحاشية رد المختار لأبن عابدين الجزء الثاني في باب العدة » .

وبناء على هذا ولما كانت الدولة قد نظمت أمر توثيق الطلاق فاختصت المأذون بتوثيق إشهاد الطلاق بين الأزواج المصريين المسلمين ومكتب التوثيق بالشهر العقاري بالأزواج إذا اختلفت جنسياتهم أو دياناتهم رأى المشرع أن ينظم طريق علم الزوجة بطلاقها حتى لا تحدث المشاكل بين الزوجين إذا أخفى الطلاق ، فأوجبت المادة

(٥ مكررا) على المطلق متى أوقع الطلاق أو رغب فى إيقاعه أو يبادر إلى توثيقه بإثباته بإشهاد لدى الموثق المختص ، ورتبت هذه المادة آثار الطلاق طبقا لما قرره جمهور الفقهاء بأنه من وقت وقوعه ، وهذه هى القاعدة العامة فى آثار الطلاق وأخذ الاقتراح بمشروع قانون رأى بعض فقهاء الأحناف وابن حزم الظاهرى بأن تكون آثار الطلاق من وقت العلم به بالنسبة للزوجة فى حالة إذا ما كتم الزوج طلاق الزوجة أو أخفاه عنها . ثم فصل نص هذه المادة طرق علم الزوجة بالطلاق وفوض وزير العدل فى وضع الإجراءات المنفذة لما جاء بها من أحكام . هذا وليس فى إيجاب توثيق الطلاق ولا فى تنظيم طريق العلم به أى قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله للزوج . كما لا تشكل تلك الإجراءات أى قيد على جواز إثبات الطلاق قضاءً بكافة الطرق غير أن آثاره بالنسبة للزوجة فى حالة إخفائه لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به .

وقرر النص أن النفقة توقف منذ تاريخ إعلان الزوج إلى الزوجة بالعودة إلى المسكن وإذا لم تعترض فى الميعاد المقرر بذات النص صار وقف النفقة حتما من تاريخ انتهاء الميعاد .

ثم إذا ما استوفى الاعتراض شكله القانونى وجب على المحكمة عند نظر موضوعه *التدخل لانهاء النزاع صلحا بين الطرفين من تلقاء نفسها أو* بناء على طلب أحدهما ، والمقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ومؤدى هذا أن لها أن تبحث شرعية المسكن إذا كان اعتراض الزوجة منصبا على انتفاء شرعيته . ولها أن تأمر الزوج بإعداد المسكن المناسب إذ بان لها أن المسكن الذى حدده الزوج فى الإعلان غير مستوفى لما يجب توافره شرعا أو عرفا ، فإذا اتضح من المرافعة أن الخلاف مستحكم بين الزوجين وطلبت الزوجة الطلاق اتخذت إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ - ١١ من هذا القانون .

وقد أبانت هذه المواد الشروط الواجب توافرها فى الحكمين وأن يشمل قرار بعثهما على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز المدة ستة أشهر ، وعلى المحكمة اخطار الحكمين والخصوم بمنطوق قرارها وتحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة ، ويجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر .

والأصل فى بعث الحكمين قول الله سبحانه ﴿ **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها** ﴾ فإن هذه الآية قد رسمت طريق تسوية الشقاق بين الزوجين .

ولا يغيب عن البال أن الأحكام المبينة فى المواد من ٧ ـ ١١ من هذا الاقتراح بمشروع قانون تطبق فى الحالة المبينة فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفى المادة السادسة مكرراً بهذا الاقتراح ، ذلك أنه اتضح من تطبيق أحكام القانون القائم فى التحكيم قصورها على الوفاء بعناصر الفصل فى الأنزعة الخاصة بالطلاق للضرر ، بل أن تلك الأحكام كانت لا تنتهى بالنزاع إلى نتيجة حاسمة وقد تفادى ذلك فنظم عمل الحكمين بما يكفل حسن سير العدالة ويقطع طرائق الإرجاء ويمنع عرقلة الحكمين ثم يبين فى المادة العاشرة ما يتبعه الحكمان عند العجز عن الإصلاح من حيث التفريق والنتائج المالية .

وتفاديا لإطالة أمد التقاضى عند اختلاف الحكمين اقترح المشرع تعيين حكم ثالث تبعثه المحكمة مع الحكمين وتقضى بما يتفقون عليه أو برأى الأكثرية وعند اختلافها فى الرأى أو عدم تقديم التقرير فى الميعاد تسير المحكمة فى الإثبات وتقضى وفق التفصيل الموضح فى المادة ١١ .

وبعث الحكم الثالث لا يخالف أصول الشريعة ، فإن القرآن الكريم لم ينه عنه وقد صار فى هذا الزمان ضروريا كوسيلة لإظهار الحق ورفع الضرر على أن من الفقهاء من أجاز بعث حكم واحد (تفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج ٥ ص ١٦٨ وما بعدها) .

وإذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها التعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض .

وهذه الأحكام جميعها مأخوذة من مذهب الإمام مالك إما نصا . وإما مخرجه على نصوصه .

المتعة للمطلقة بعد الدخول

لما كان المستقر عليه شرعا أن الطلاق حق للزوج وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحقت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضى بها .

واذا تراخت المروؤة فى هذا الزمن ولا سيما بين الأزواج إذ انقطع حبل المودة بينهما وأصبحت المطلقة فى حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق وفى المتعة مما يحقق المعونة وفى الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع فى الطلاق .

ولما كان الأصل فى تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التى تطلبتها الشريعة وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى **﴿ و متعوهن علي الموسع قدره وعلي المقتر قدره ﴾** من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة ، وكان إيجاب المتعة هو مذهب الشافعي الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها وهو قول لأحمد اختاره ابن تيميه كما أن إيجابها ، مذهب أهل الظاهر وهو قول لمالك أيضا (المذهب للشيرازى فقه شافعى ج ٢ ص ٦٧ ـ ٦٨ والمحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٤٥ ـ ٢٤٩) .

وعلى هذا وضع نص المادة ١٨ مكررا بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمة وللقاضى أن ينظر فى تقديرها عدا ما سبق إلى ظروف الطلاق وإلى إساءة استعمال هذا الحق ووضعه فى موضعه ، ولا تقل فى تقديرها عن نفقة سنتين وتخفيفا على المطلق فى الأداء أجاز النص الترخيص له فى سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط .

نفقة الصغير

فى فقه المذهب الحنفى المعمول به الآن فى نفقة الولد على أبيه أقوال وتفاصيل فى إستحقاق النفقة بسبب الاشتغال بالتعليم تعرضت لنوع العلم وحال طالبه ، وتبعا لذلك اختلفت اتجاهات المحاكم .

ولما كان الاشتغال بطلب العلم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص وإعداده للحياة سواء أكان دينيا أو دنيويا ، وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام والكساء ، كما يتناول ما ليس بضرورى للطالب فى الدين أو فى حياته وقد يكون الملزم بالنفقة أحد الأبوين أو غيرهما من الأقارب ، وتعليم الولد أيا كان ذكر أو أنثى يراعى فيه وسع أبيه وما يليق بمثله ولا يلزم الإنسان بتعليم ابن أخيه مثلا إلى المستوى الواجب لابنه .

من أجل هذا كان من المصلحة أو العدل تقرير أن الاشتغال بالتعليم يعتبر عجزا حكميا موجبا للنفقة إذا كان تعليما لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين وبشرط أن يكون الطالب رشيدا فى التعليم وفى قدرة من وجبت عليه النفقة الانفاق عليه فى التعليم . ونفقة الأنثى على أبيها حتى تتزوج أو تتكسب ما يفى بنفقتها لأن الأنوثة فى ذاتها عجز حكمى .

ولا مراء فى أن نفقة الأولاد على أبيهم تكون بقدر يساره وبما يكفل لهم العيش اللائق بأمثاله وتشمل النفقة توفير المسكن لهم .

تعزيز المطلق إذا أخل بواجبلته
المبينة فى هذا الاقتراح بمشروع قانون

التعزيز عقوبة مفوضة إلى رأى الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفى ويختلف باختلاف الجريمة وأجاز الفقهاء التعزيز بالحبس ويجوز أن تكون العقوبة الوحيدة وأن يضم إليه عقوبة أخرى كالتغريم وهذه العقوبة الأخيرة أجازها الإمام أبو يوسف وأجازها بعض فقهاء الشافعية واجيزت فى مواضع من مذهب الإمام أحمد .

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق وإعلام المطلقة بوقوعه ووصول سنده إليها من المصالح

العامة ، فإن تجريم المطلق إذا أخل بالواجبات المنوطة به فى المادة الخامسة مكررا من هذا الاقتراح يكون أمراً ذا سند صحيح شرعا وكذلك الحال بالنسبة للواجبات المبينة فى المادة السادسة مكررا .

كما يعاقب الموثق أيضا إذا أخل بالتزاماته التى فرضها عليه هذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة ٢٣ / ٢ مكررا .

إذ لا يكفى فى الأمور التنظيمية تقريرها بل لابد من حماية هذا التنظيم حتى يؤتى ثماره .

نفقة الزوجة

قضت الفقرة الأولى من المادة الثانية بأن تجب نفقة الزوجة على زوجها من بدء العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما موسرة كانت أو مختلفة معه فى الدين وهذا هو ما قضى به القانون القائم فى المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ثم جاءت الفقرة الثانية من النص بأنه لا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

ولذا جاء هذا النص فى فقرته الأخيرة بما ذهب إليه مذهب الزيدية وتقتضيه نصوص فقه الإمام مالك من أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة وعدل المشروع بهذا عن مذهب الحنفية فى هذا الموضع .

ومن المقرر لدى جميع الفقهاء أن الزوجة المريضة إذا لم تزف إلى زوجها لا تستحق نفقة قبله فى حالة عجزها عن الانتقال إلى منزل الزوجية .

ثم أبان الاقتراح فى الفقرة الرابعة من هذه المادة أحوال سقوط نفقة الزوجة فى حالة ارتدادها عن الإسلام أو امتناعها مختارة عن تسليم نفسها لزوجها بدون حق أو اضطرارها إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج كما إذا حبست ولو بغير حكم أو اعتقلت أو منعها أولياؤها من القرار فى بيت زوجها .

كما أفصح الاقتراح عن الأحوال التى يعتبر فيها خروج الزوجة بدون إذن

زوجها سببا مسقطا لنفقتها عليه فقال أنها الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع كخروجها لتمريض أحد أبويها أو تعهده أو زيارته وإلى القاضى لطلب حقها كذلك خروجها لقضاء حوائجها التى يقضى بها العرف كما إذا خرجت لزيارة محرم مريض أو تقضى به الضرورة كاشراف المنزل على الانهدام أو الحريق أو إذا أعسر بنفقتها ومن ذلك الخروج للعمل المشروع إذا أذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالما بعملها .

وذلك ما لم يظهر أن عملها مناف لمصلحة الأسرة أو مشوب بإساءة استعمال الحق وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وغنى عن البيان أن الفصل عند الخلاف فى كل ذلك للقاضى .

ثم فى الفقرة السادسة نص الاقتراح على أن نفقة الزوجة تعتبر دينا على الزوج من تاريخ الامتناع عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الابراء وهذا هو الحكم القائم وهو مأخوذ من فقه المذهب الشافعى .

النفقة المتجمدة

أخذ الاقتراح بقاعدة جواز تخصيص القضاء فنص عى ألا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة غايتها تاريخ رفع الدعوى .

ذلك لأن فى إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة كما أن المدة التى كانت مقررة فى المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة المحاكم الشرعية وهى ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة مما رأى معه هذا الاقتراح الاكتفاء بسنة واحدة عن طريق منع سماع الدعوى ولا يضار صاحب الحق بهذا الحكم إذ يمكنه المبادرة إلى طلب حقه حتى لا تمضى عليه سنة فأكثر .

وظاهر أن هذا الحكم خاص بنفقة الزوجة لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق .

ولما كانت المقاصة جائزة بين أرباب الديون وقد تكون الزوجة مدينة لزوجها فإنه حماية لحقها فى الحصول على ما يفى بحاجتها وقوائم حياتها نص الاقتراح على

ألا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين للزوج عليها إلا فيما يزيد على ما يكفيها ويقيم أود حياتها كما أن امتياز دين نفقة الزوجة عند تزاحم الديون على الزوج وضيق ماله عن الوفاء بالجميع أمر تقره قواعد فقه المذهب الحنفى وهذا ما قررته الفقرة الأخيرة فى هذه المادة .

قواعد تقدير نفقة الزوجة

جاءت المادة ١٦ من الاقتراح بهذه القواعد فنصت على أن تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

ومن هذا يظهر أن المناط أصلا فى تقدير النفقة هو حال الزوج المالية فى اليسر والعسر وهذا أمر نسبى غاية الأمر أن النفقة إذا كانت عن مدة ماضية على تاريخ الحكم وتغيرت حال الزوج كان التقدير على قدر حاله وقت الاستحقاق لا وقت القضاء .

وهذا إذا كان قد حدث تغير فى الحالة المالية ، والقدر الذى يفى بحاجتها الضرورية هو ما يعبر عنه فى العرف القضائى بنفقة الفقراء لا أن يكون فوق طاقته لأن المعيار هو قول الله تعالى ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله** ﴾ من الآية السابعة من سورة الطلاق .

ثم قرر الاقتراح ضرورة القضاء بنفقة مؤقتة للزوجة وأوجب على القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة بحكم غير مسبب واجب للنفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

والملحوظ فى هذا هو ألا تترك الزوجة مدة قد يطول فيها التقاضى دون أن يكون لها مورد تعيش منه فكان من واجبات القاضى أن يبادر إلى تقرير النفقة المؤقتة بالمقدار الذى يفى بحاجتها الضرورية فى ضوء ما استشفه من الأوراق والمرافعة ما دامت قد توافرت أمامه أسباب استحقاق الزوجة النفقة وتحققت الشروط .

هذا الحكم المؤقت نافذاً فورا إلى حين صدور الحكم من محكمة أول درجة فى الدعوى وعندئذ يكون النفاذ لهذا الحكم الأخير دون المؤقت على نحو ما هو وارد فى نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى هذا الموضع . ثم رخص الاقتراح للزوج فى حال سداده نفقة لزوجته بمقتضى الحكم المؤقت أن يجرى المقاصة بين ما أداه فعلا وبين المحكوم به عليه نهائيا على ألا يقل ما يبقى للزوجة وتقبضه فعلا عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

الحضانة

كان العمل جاريا على انتهاء حق النساء فى الحضانة للصغير إذا بلغ سن السابعة ويجوز للقاضى أن يأذن ببقائه فى يد الحاضنة إذا رأى مصلحته فى ذلك إلى التاسعة وأن تنتهى حضانة الصغيرة لبلوغها التاسعة إلا إذا رأى القاضى مصلحتها فى البقاء فى يد الحاضنة فله إبقاؤها حتى الحادية عشرة .

وأن بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ومن أجل هذا ـ ارتأى الاقتراح إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه العاشرة وحضانتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة ثم أجاز القاضى بعد هذا السن إبقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذا بمذهب الإمام مالك فى هذا الموضوع على أنه فى حال ابقائهما فى يد الحاضنة بهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة حق فى اقتضاء أجرة حضانة وإنما لها الحق فى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير هذا من مصاريف تعليم وعلاج وما يقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه .

كما أن وجود الولد ذكرا كان أو انثى فى يد الحاضنة سواء قبل بلوغها سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما كاملة وإنما يد الحاضنة للحفظ والتربية ولها القيام بالضروريات التى لا تحتمل التأخير كالعلاج والالحاق بالمدارس بمراعاة امكانيات الأب .

ثم نص الاقتراح على حق كل من الأبوين فى رؤية الصغير أو الصغيرة وأثبت هذا الحق للأجداد عند عدم وجود الأبوين باعتبارهم من الآباء .

وإذا تعذر تنظيم مواعيد الرؤية إتفاقا نظمها القاضى بشرط ألا تتم فى مكان يضر بالصغير أو الصغيرة كأقسام الشرطة وحق رؤية الأبوين أو الصغيرة مقرر شرعا لأنه من باب صلة الأرحام التى أمر الله بها ﴿ **وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض** ﴾ من الآية رقم ٧ من سورة الانفال ثم منع الاقتراح تنفيذ حكم الرؤية حتما وبالقوة حتى لا يضر هذا بالأولاد ، فإذا امتنع من بيده الولد عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر أنذره القاضى فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة موقتا إلى من يلى هذا الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

ولا مراء فى أن تنفيذ الحكم بنقل الحضانة يتم بمجرد صدوره لشموله بالنفاذ قانونا وبالقوة الجبرية إعمالا للمادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ثم بين الاقتراح بمشروع القانون ترتيب الحاضنات والحاضنين من العصبة وذوى الأرحام عى نحو ما هو مقرر فى النص وما هو جار به العمل وفقا لفقه المذهب الحنفى .

مسكن الحضانة

إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهم صغار فإن المنازعة تثور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤجر للزوج ، هل تنفرد به المطلقة وللصغار بوصفها حاضنة لهم أو ينفرد به المطلق باعتبار أنه المتعاقد وحين نعود لأقوال الفقهاء نجد أنهم قالوا : إن من لها إمساك الولد وليس لها مسكن فإن على الأب سكناهما جميعا (الدر المختار للحصكفى فقه حنفى فى كتاب الحضانة) .

وإذا كان ذلك فإن للمطلقة الحاضنة بعد الطلاق الاستقلال مع محضونها بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضون ما لم يعد له المطلق مسكنا آخر مناسبا حتى إذا ما انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة ، فللمطلق أن يعود ليستقل دونها بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا .

ونص الاقتراح على اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل فى الطلبين المشار إليهما فى الفقرة الأولى من المادة الرابعة من الاقتراح .

وأجازت الفقرة الأخيرة من هذه المادة للنائب العام أو المحامى العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائيا فى النزاع .

حكم وقتى

ولما كانت دعاوى الطاعة المنظورة أمام المحاكم الجزئية وقت العمل بهذا القانون سواء أكانت دعاوى أصلية أم معارضات فى أحكام سبق صدورها غيابيا أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية ، فإنه يتعين على المحاكم الجزئية إحالتها بالحالة التى تكون عليها وإعلان الغائب من الخصوم بأمر الإحالة مع تكليفه الحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت اليها الدعوى ولا يسرى هذا الحكم على الدعاوى المحكوم فيها نهائيا وتبقى خاضعة للأحكام التى كانت جارية قبل العمل بهذا القانون .

وبديهى أن يلغى كل ما يخالف الأحكام المقررة ضمن هذا القانون ومن ثم جاءت المادة السادسة مقررة لهذا الحكم .

ومما يجب التنويه به أنه إذا دعت الحاجة لاستجلاء وجه بعض تلك النصوص وجب الرجوع لمصادرها التشريعية سالفة الذكر وأن الأصل دائما هو الفقه الحنفى .

أتشرف بعرض الاقتراح بمشروع قانون المرفق بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية على هذا الوجه .

تقرير اللجنة المشتركة
من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية
ومكتب لجنة الشئون الدينية والاجتماعية والأوقاف
عن الاقتراح بمشروع قانون بتعديل بعض أحكام
قوانين الأحوال الشخصية

أحال المجلس بجلسته المعقودة فى ١١ من يونيه ١٩٨٥ إلى اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ،ومكتب لجنة الشئون الدينية والاجتماعية والأوقاف الاقتراح بمشروع قانون المذكور وذلك لدراسته وتقديم تقرير عنه .

فعقدت اللجنة لهذا الغرض خمسة اجتماعات بتاريخ ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥ ، ٢٦/ ٦/ ١٩٨٥ ، حضرتها السيدة الدكتورة آمال عثمان وزيرة التأمينات والشئون الاجتماعية .

كما حضرها نخبة من كبار علماء الدين من مجمع البحوث الإسلامية وهم :

فضيلة الشيخ الدكتور عبد المنعم النمر .

فضيلة الشيخ الدكتور محمد مصطفى شلبى .

فضيلة الشيخ الدكتور محمد الطيب النجار .

فضيلة الشيخ عبد الله المشد

السيد المستشار عبد العزيز هندى المستشار القانونى لفضيلة الإمام الأكبر شيخ الأزهر .

السيد الدكتور جمال الدين محمود : نائب رئيس محكمة النقض وأمين عام المجلس الأعلى للشئون الإسلامية .

كما حضرها السيد الدكتور وحيد رأفت : نائب رئيس حزب الوفد الجديد وأستاذ القانون الدستورى .

ـ استعادت اللجنة فى سبيل دراستها لاقتراح بمشروع قانون المذكور أحكام الدستور ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، والمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بإصدار لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

وبعد أن استمعت اللجنة إلى مناقشات السادة الأعضاء وإيضاحات السادة كبار العلماء وأطلعت على إقتراح مقدم من مجمع البحوث الإسلامية بصياغة بعض مواد المشروع وتبنى هذه الصياغة أعضاء اللجنة عند مناقشة الاقتراح بمشروع بقانون المعروض ، تورد تقريرها فيما يلى :

ـ إن الأسرة هى الدعامة الأولى فى بناء المجتمع الإسلامى ، إذا صلحت صلح المجتمع ، وإذا فسدت فسد المجتمع . ومن هذا فقد عنى القرآن الكريم ببيان النصوص التى تحكم الروابط وتنظم العلاقة بين الرجل والمرأة منها قوله تعالى :

﴿ والله جعل لكم من أنفسكم أزوجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفده ورزقكم من الطيبات [1] ﴾ .

لما كان الزواج فى الإسلام هو الركن الركين للأسرة فإن عقد الزواج وما يرتبه من اثار يمثل أخطر وأهم ما يبنى عليه المجتمع الإسلامى من قواعد أمر الله بها عباده المسلمين ، لذا وصفه القرآن الكريم بأنه (ميثاق غليظ) لما له من قداسة توجب الالتزام بما شرع الله للزوجين من حقوق والتزامات فى إطار أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وعلى أساس من العدل والمودة والرحمة على نحو يكفى صالح الفرد المسلم رجلا كان أو امرأة .

ولما كانت الأسرة هى الثمرة الطبيعية للزواج وهى اللبنة الأساسية فى صرح البناء الاجتماعى كان لابد أن تحاط هذ الأسرة بالعناية والرعاية التى تحفظ كيانها وتحمى بنيانها من كل ما يهددها أو يعصف بها وأحكام الأحوال الشخصية هى أهم ما فى تشريع بلد من البلاد فكما أن ذات الانسان هى أعز ما لديه فكذلك القوانين التى

---

(١) سورة النحل : اية ٧٢ .

تنظم أحوالها أهم ما يعنيه من قانونه وهى فوق ذلك القدر المشترك بين جميع الناس لأنها تحكم أحوال الفرد بصفته إنسانا وهو ما يشترك فيه الجميع لا يفرق بينهم فيه اختلاف الحالة الاجتماعية أو البيئة أو المكان .

ومن الآيات القرآنية التى تقرر المبادىء والأحكام الشرعية فى هذا الخصوص قوله تعالى :

﴿ ومن اياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة [1] ﴾ .

كما أن المادة الثانية من الدستور تقضى بأن الإسلام هو دين الدولة ومبادىء الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، ولذلك جاءت نصوص الدستور المنظمة لشئون الأسرة المصرية مستمدة من أحكام ومبادىء الشريعة الإسلامية الغراء .

وتود اللجنة أن تؤكد ما يلى :

أولا : أن الشريعة الإسلامية تعلو على كل تشريع بحكم أنها شريعة منزلة من لدن عزيز خبير بشئون خلقه ، وهى المصدر الرئيسى لتشريعنا بصريح نص الدستور ، وتتميز بصلاحيتها لكل زمان ومكان وقد أناطت شريعة الإسلام بولى الأمر وأوجبت عليه أن يشرع ما يحقق صالح المسلمين فى كل زمان ومكان فى نطاق الأصول والقواعد الشرعية العامة .

ثانيا : أن المذاهب الفقهية قد أثرت التشريع الإسلامى بالاجتهاد والاستنباط فى فهم آيات القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة بما يحقق مواجهة مشاكل المجتمع فى إطار القواعد العامة للتشريع الإسلامى .

ثالثا : أن المشرع المصرى وقد التزم بأصول ومبادىء الشريعة الإسلامية

---

(١) سورة الروم : آية ٢١ .

وأحكامها القطعية الثبوت والدلالة قد تدخل منذ زمن بعيد لتنظيم العديد من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية استلهاما من المذاهب الفقية والاجتهادات المختلفة دون التقيد بمذهب معين .

رابعـا : أنه بعد مرور أكثر من خمسين عاما على صدور المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فقد تغيرت ظروف المجتمع بما يتطلب إعادة النظر فى بعض أحكام الأسرة بما يكفل لها الاستقرار .

- وبدراسة اللجنة للاقتراح بمشروع قانون المعروض فى ضوء المبادىء والأصول التشريعية والدستورية ، استبان لها أنه يعالج بعض مسائل الأحوال الشخصية التى دعت الضرورة إلى تنظيمها حرصا على حماية الأسرة المصرية واستقرارها نزولا على أحكام الدستور وفى نطاق الشريعة الإسلامية وذلك على النحو الآتى بيانه :

- أضاف الاقتراح بمشروع قانون إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ سالف الذكر بمادته الأولى ست مواد جديدة هى المواد (٥ مكررا) ، (٦ مكررا) ، (٦ مكررا ثانيا) ، (١٨ مكررا) ، (١٨ مكررا ثانيا) ، (٢٣ مكررا) .

- استبدل بمادته الثانية نصا جديداً بدلا من المادة (١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة .

- استبدل بمادته الثالثة نصوصاً جديدة بنصوص المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٦ ، ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار إليه .

- نظم بمادته الرابعة أحكام شغل مسكن الحضانة فى حالة الطلاق .

- نظم فى مادته الخامسة ما يتعلق بالدعاوى القائمة أمام القضاء .

- وفى المادة السادسة ألغى كل نص يخالف أحكامه .

وقد رأت اللجنة استعراض الأحكام التى تضمنها الاقتراح بمشروع قانون وإيضاح مضمونها وأساسها الشرعى وذلك على النحو التالى :

توثيق الطلاق واعلان المطلقة بوقوعه

أوجبت المادة (٥ مكررا) المضافة بالاقتراح بمشروع قانون مبادرة المطلق إلى توثيق إشهاد الطلاق لدى الموثق المختص كما قضت بترتيب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه ، إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به ، وتعتبر الزوجة عالمة بإيقاع الطلاق بحضورها توثيقه أو بإعلانها بإيقاعه عن طريق الموثق على يد محضر لشخصها وفقا للأوضاع والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

وقد استند الاقتراح بمشروع قانون فى هذه الأحكام إلى ما قرره جمهور الفقهاء فى شأن القاعدة العامة فى ترتيب آثار الطلاق فور إيقاعه وإلى رأى بعض فقهاء الأحناف فى حالة إخفاء الطلاق عن الزوجة فلا تبدأ الآثار إلا من وقت علم الزوجة به ، وذلك زجرا للزوج ومعاملة له بنقيض قصده .

وقد قصد بهذه الأحكام علاج حالات إخفاء الأزواج لحالات الطلاق الذى يوقعونه فى غيبة زوجاتهم بقصد النكاية والإضرار بهن ، وذلك منعا لهذا الضرر دون أن يعد قيداً على حق الطلاق المقرر للرجل بنصوص القرآن الكريم ، كما أن هذه الأحكام لا تمنع إثبات إيقاع الطلاق بكل طرق الإثبات المقررة .

التطليق للضرر الذى يلحق الزوجة التى يتزوج عليها زوجها

قضت المادة (٦ مكررا [١]) من الاقتراح بمشروع قانون بأنه على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية وأن يبين اسم الزوجات اللاتى فى عصمته وقت العقد الجديد ومحال إقامتهن ، كما أوجبت على الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول ، وللزوجة التى تزوج عليها زوجها بأخرى أن تطلب التطليق إذا لحقها ضرر مادى أو أدبى يستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن قد اشترطت على زوجها فى العقد ألا يتزوج عليها ، وعلى القاضى أن يعمل

---

(١) المادة ٦ مكررا أصبحت فى القانون برقم ١١ مكررا .

على الإصلاح بينهما فإن تعذر طلقها للضرر طلقة بائنة ، ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا الضرر بمضى سنة من تاريخ علمها ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا .

ويتجدد حقها فى هذا الطلب كلما تزوج بأخرى ، أما بالنسبة للزوجة الجديدة فإذا لم تكن تعلم أن زوجها متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق .

والأساس فى الأحكام السالف بيانها ما هو مقرر فى مذهب الإمامين مالك وأحمد ابن حنبل من أنه إذا أدعت الزوجة إضرار الزواج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا عجز عن الإصلاح بينهما .

ومستند ذلك الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار » .

ومن المسلمات أن من حق الزوجة على زوجها أن يعاشرها بالمعروف إعمالا لقوله تعالى :

﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾

ولا يتفق مع المعروف أو مع المروءة أن يتزوج زوج على زوجته دون علمها إضراراً بها ولا أن تجبر زوجة على الاستمرار فى عصمة رجل رغماً عنها .

حـــق الطـــاعـة

قضت المادة (٦ مكررا ثانيا [١]) المضافة بالاقتراح بمشروع قانون بأن امتناع الزوجة عن طاعة زوجها دون حق يترتب عليه وقف نفقتها من تاريخ الامتناع ، وتعتبر الزوجة ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعلى الزواج أن يبين فى هذا الإعلان المسكن ، وقد أجاز النص للزوجة الاعتراض ، وأوجب عليها أن تبين فى صحيفة اعتراضها الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى الامتناع عن طاعة الزوجة وذلك خلال عشرة أيام من

---

(١) المادة ٦ مكررا ثانيا أصبحت فى القانون برقم ١١ مكررا ثانيا .

تاريخ الإعلان وإلا حكم بعدم قبول إعتراضها ويعتد بوقف النفقة من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم فى الميعاد وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا ، فإذا بان للمحكمة استحكام الخلاف بين الطرفين اتخذت إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من (٧) إلى (١١) من هذا الاقتراح ، والأساس الشرعى لأحكام المادة المذكورة هو ما قررته الشريعة الإسلامية من ارتباط حق النفقة للزوجة بعدم نشوزها .

متعـة المطلقة :

قضت المادة (١٨) مكررا المضافة بالاقتراح بمشروع قانون على حق الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها فى الحصول فوق نفقة عدتها على متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل مع مراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، وأجاز النص للمطلق سداد هذه المتعة على أقساط .

وسند هذه الأحكام ما يلى :

أن الأصل فى تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة لأن مواساتها من المرءوة التى تتطلبها الشريعة الإسلامية وأساس ذلك قوله تعالى :

﴿ ومتعوهن على الموسع قدره [1] ﴾

وقد أقر مذهب الشافعية الجديد المتعة للمطلقة إذا لم تكن الفرقة منها أو بسببها وهو قول أحمد بن حنبل وبن تيمية وأهل الظاهر وأحد أقوال الإمام مالك ، كما أن رأى المذاهب الأخرى المختلفة فى المتعة أنها مستحبة للمطلقة بعد الدخول وإن كان لا يقضى بها والأخذ بتقرير المتعة يتفق فضلا عن سنده الشرعى والفقهى مع الأصل الإسلامى فى التكافل الاجتماعى .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

نفقة الصغير

قضت المادة (١٨ مكررا ثانيا) المضافة بالاقتراح بمشروع قانون على أنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الإبن الخامسة عشرة من عمره قادرا على الكسب المناسب فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله وإستعداده أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه . كما قضت هذه المادة بإلزام الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل لهؤلاء الأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم .

وأساس هذه الأحكام ما هو مسلم به شرعا من أن نفقة الولد على أبيه .

نفقة الزوجة

قضت الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاقتراح بمشروع قانون بوجوب نفقة الزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً موسرة كانت أو مختلفة معه فى الدين . كما جاءت الفقرة الثانية من النص بأنه لا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة ، وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضى به العرف .

وحددت الفقرة الخامسة من ذات النص الأحوال التى لا تعتبر موجبا لإسقاط نفقة الزوجة بسبب خروج الزوجة من مسكن الزوجية دون إذن زوجها وهى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع كخروجها لتمريض أحد أبويها أو تعهده أو زيارته ، أو ما يجرى به العرف كما إذا خرجت لقضاء حوائجها أو لزيارة محرم مريض أو عند الضرورة ، وكذلك بسبب خروجها للعمل المشروع ما دام قد أذنها الزوج بذلك أو عملت دون اعتراضه أو تزوجا عالما بعملها ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروع مشوب بإساءة استعمال الحق من جانبها أو مناف لمصلحة الاسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

كما قضت الفقرة السادسة من هذا النص بأن نفقة الزوجة تعتبر دينا على الزوج من تاريخ الامتناع عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الابراء .

وقضت الفقرة السابعة بعدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى وذلك حتى لا تتراكم ديون النفقة ويبادر صاحب الحق فى المطالبة بها ويسهل على القضاء حسم النزاع .

كما حظرت الفقرة الثامنة التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين الزوج على زوجته إلا فيما يجاوز قيمة ما يفى بحاجة الزوجة الضرورية وذلك حتى يبقى لها ما يقيم حياتها ويكفل لها العيش الكريم دفعا للضرر الذى قد يحيق بها وبالمجتمع .

وقضت الفقرة الأخيرة من هذه المادة بأن لدين النفقة امتيازا على جميع أموال الزوج ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى .

الحضانة

قضت المادة (٢٠) من الاقتراح بمشروع قانون بأن تنتهى حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن الأثنتى عشرة ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة .

وأنه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوافر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعون من يد الحاضنات .

ولقد اشترطت هذه المادة لكي يقرر القاضى مد فترة الحضانة أن تكون مصلحة الصغير أو الصغيرة فى بقاء الحضانة بيد النساء وذلك مع التزام الأب بنفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء وغير ذلك إلى جانب ما يقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه .

كماقررت هذه المادة حرمان الحاضنة من أجر الحضانة فى المدة التى تمتد إليها بإذن القاضى والسند الشرعى لهذه الأحكام هو مذهب الإمام مالك .

وترى اللجنة أن ما جاء من أحكام فى الاقتراح بمشروع قانون بهذا الشأن يكفل الرعاية الواجبة للصغار ويتيح لهم الاستقرار النفسي اللازم لسلامة نموهم وتربيتهم

ويمنع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة فى سن غير مناسبة للنكاية دون رعاية لصالح الصغار ، وغنى عن البيان أن حضانة الأم لا تخل بحق الأب فى ولايته الشرعية على أبنائه

كما حددت هذه المادة من له حق الحضانة على أساس تقريرها للأم ، ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلى بالأم ثم من يدلى بالأب ومعتبراً منه الأقرب من الجهتين على الترتيب الذى ورد فى هذه الفقرات من المادة .

رؤية الصغار

حق رؤية الأبوين للصغير أو الصغيرة حق مقرر شرعا ، وقد قرر الاقتراح بمشروع قانون حق الرؤية للأجداد عند عدم وجود الأبوين باعتبارهم من الآباء .

كما قرر أنه إذا تعذر تنظيم مواعيد الرؤية اتفاقا نظمها القاضى بشرط ألا تتم فى مكان يضر بالصغير أو الصغيرة كأقسام الشرطة ، فإذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر أنذره القاضى ، فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يلى هذا الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

كما أن تنفيذ الحكم بنقل الحضانة يتم بمجرد صدوره وبالقوة الجبرية وقد منع نص المادة تنفيذ حكم الرؤية قهرا لما فى ذلك إيذاء خطير لنفسية الصغار الذين يجب حمايتهم من التعرض لمثل هذا الإيذاء بسبب نزاع لا دخل لهم فيه .

وقد رأت اللجنة إجراء بعض التعديلات على الاقتراح بمشروع قانون على النحو التالى :

أولا : عدلت المادة (٥ مكررا) من المشروع المقترح بحذف لفظ ، وذلك كله ، لضبط الصياغة .

ثانيا : أرتأت اللجنة أن يوضع الحكم الوارد فى المادتين (٦ مكررا) ، (٦ مكرر ثانيا) من الاقتراح بمشروع قانون تحت رقمى (١١ مكررا) ، (١١ مكررا ثانيا) إبرازا لذاتية الحكم الوارد فى كل منهما ، ذلك أن المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تقرر مبدءا عاما فى التطليق للضرر بسبب الشقاق بين الزوجين ، ثم وردت المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ من ذات المرسوم بقانون منظمة لإجراءات التحكيم فى هذه المنازعة فى حين تعالج المادتين المقترحتان نوعاً خاصا من الضرر الذى يلحق الزوجة من الزواج بأخرى .

ولقد عدلت اللجنة المادة (٦ مكررا) على النحو الوارد بالجدول المرفق ، وكان سندها في حكم هذه المادة ما هو مقرر في فقه الإمامين مالك وابن حنبل ، من أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق بينهما وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا عجز عن الإصلاح بينهما ، ومستندهم في ذلك الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار » وما قرره فقهاء الحنابلة من أنه يجوز للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها بأخرى ، فإذا خالف الزوج هذا الشرط كان لها فسخ العقد .

ومن المسلم به أن من حق الزوجة على زوجها أن يعاشرها بالمعروف إعمالا لقوله تعالى :

﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾

وأن مفهوم الضرر عند إطلاقه شرعا وطبقا لما استقر عليه القضاء يشمل الضرر بكافة أنواعه ماديا كان أو أدبيا أو نفسيا .

ومن ثم فلم تر اللجنة ضرورة لتفصيله في النص ، ومسلك الاقتراح بمشروع قانون في ذلك يتفق مع حكم الشريعة الإسلامية دون المساس بمبدأ تعدد الزوجات حيث يبقى هذا المبدأ على أصله دون مساس به أو تقييد له .

ثالثا : ارتأت اللجنة تعديل المادة (١٦) بسحب الحكم الوارد بشأن النفقة المؤقتة للزوجة إلى صغارها من الزوج لتحقق الحكمة التي ورد من أجلها النص باعتبارهم احوج ما يكون إلى الرعاية العاجلة .

رابعا : وبالنسبة للعمل بهذا القانون فقد رأت اللجنة أن هناك الكثير من المنازعات المنظورة أمام المحاكم والتي أقيمت في ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ولم يصدر فيها حكم بات ، ذلك أنه من العدل والتسوية بين أصحاب هذه الدعاوى وما سيقام من دعاوى طبقا لأحكام هذا الاقتراح بمشروع قانون المعروض عند صدوره ، أن يكون لهذا القانون أثر رجعي ويلاحظ أن الاقتراح بمشروع قانون لم يجعل للعقوبة أثرا رجعيا اتفاقا مع أحكام المادة (٦٦) من الدستور وخاصة أن المحكمة الدستورية العليا أقامت قضاءها على عيب في الإجراءات فقط .

مما تقدم فإن اللجنة إذ توافق على هذا الاقتراح بمشروع قانون لترجو المجلس الموقر الموافقة عليه بالصيغة المرفقة .

رئيس اللجنة المشتركة

القســم الثـانى

المــيراث والوصيــة

* القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشـأن المواريث .
* القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشـأن الوصـية.

مع المذكرة الإيضاحيـة والمذكرة التفسيرية لكل منهما .

* مستخرج من القـانون المدنى لنصوص الميراث وتصفيـة التركة وبيعها ، ونصـوص الوصـية.

أولا

القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣

بشأن المواريث [١]

نحن فاروق الأول ملك مصر

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتى نصه ، وقد صدقنا عليه وأصدرناه .

مادة ١ ـ يعمل فى المسائل والمنازعات المتعلقة بالمواريث بالأحكام المرافقة لهذا القانون .

مادة ٢ ـ على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بقصر عابدين فى شعبان ١٣٦٢ (٦ أغسطس ١٩٤٣)

---

(١) الوقائع المصرية فى ١٢ / ٨ / ١٩٤٣ ـ العدد ٩٢ ، ويبدأ العمل به اعتبارا من ١٢ / ٩ / ١٩٤٣ .

وقانون المواريث من القوانين التى تطبق على المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين ، وقد صدر فى هذا الشأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ فى بيان القانون الواجب التطبيق فى مسائل المواريث والوصايا (الوقائع المصرية فى ٢٧ / ٣ / ١٩٤٤ ـ العدد ٣٨) .

وهو بعد الديباجة :

مادة ١ ـ قوانين الميراث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيها هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الإسلامية ، وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى .

مادة ٢ ـ على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

أحكام المواريث

الباب الأول

فى أحكام عامة

مــادة ١ ـ يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتا بحكم القاضى .

مــادة ٢ ـ يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً .

ويكون الحمل مستحقاً للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه فى المادة ٤٣ .

مــادة ٣ ـ إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما فى تركة الآخر سواء أكان موتهما فى حادث واحد أم لا .

مــادة ٤ ـ يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى :

(أولا) ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن .

(ثانياً) ديون الميت .

(ثالثا) ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية .

ويوزع ما بقى بعد ذلك على الورثة ، فإذا لم توجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتى :

(أولا) استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره :

(ثانيا) ما أوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية .

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العامة (١) .

مــادة ٥ ـ من موانع الإرث قتل المورث عمدا سواء أكان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنة . ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى .

---

(١) صدر بتاريخ ٢٠ / ٣ / ١٩٦٢ قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفى من غير وارث (الجريدة الرسمية فى ٢٧ / ٣/ ١٩٦٢ ـ العدد ٧٣) ، وعدلت الفقرة الأولى من المادة الثانية منه وكذا المادة الرابعة بموجب القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ (الجريدة الرسمية فى ٢٠ / ٦ / ١٩٧١ ـ العدد ٢٠) . وجاء نصه معدلا ـ بعد الديباجة كالآتى :

مادة ١ ـ تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة والتى يخلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسيتهم وذلك من تاريخ وفاتهم .

وتعد الإدارة العامة لبيت المال بوزارة الخزانة قوائم عن العقارات التى تتضمنها هذه التركات وتشهر بدون رسم . =

مـــادة ٦ ـ لا توارث بين مسلم وغير مسلم .

- مـادة ٢ ـ ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث بمضى ١٥ سنة تبدأ من تاريخ النشر المنصوص عليه فى المادة الرابعة من هذا القانون ما لم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه . وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين التى تقضى بمدد تقادم أقل .

وإذا كان التصرف قد تم فى أصول التركة كلها أو بعضها قبل أن يتقرر حق ذوى الشأن فيها انتقل حقهم فى هذه الأصول إلى صافى ثمنها .

وعلى كل من يثبت له هذه التركة أن يؤدى كافة المصروفات والضرائب والرسوم المنصوص عليها فى هذا القانون بنسبة النصيب الذى آل إليه .

ولا تبدأ مدة التقادم فى شأن من تثبت لهم حقوق فى هذه التركات بالنسبة للمصروفات والضرائب والرسوم التى يلتزمون بآدائها إلا من تاريخ ثبوت حقهم فيها .

مـادة ٣ ـ على مالكى ومؤجرى المساكن والأماكن التى يتوفى بها من لا وارث له والمقيمين مع المتوفى وخدمه وعلى رجال الإدارة المختصين ومديرى المستشفيات والمصحات والملاجىء أن يبلغوا الجهات التى يعينها وزير الخزانة بقرار يصدر منه عن الوفاة خلال أربع وعشرين ساعة من وقت علمهم بها .

مـادة ٤ ـ على الإدارة العامة لبيت المال أن تتخذ الإجراءات القانونية اللازمة للتحفظ على الأموال الظاهرة للمتوفى وأن تقوم على وجه الاستعجال باجراء التحريات الإدارية للتثبت من صحة هذا البلاغ فإذا ظهر من هذه التحريات أن البلاغ غير صحيح ألغيت إجراءات التحفظ على التركة وإلا قامت بإجراء الحصر والجرد والتقييم فإذا تبين لها أن قيمة عناصر التركة تزيد على مائتى جنيه أصدرت بيانا باسم المتوفى من غير وارث ظاهر ويجب نشر هذا البيان مرة فى صحيفة واسعة الانتشار وإذا زادت قيمة عناصر التركه عن خمسمائة جنيه يجب نشر البيان مرتين فى صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار على أن تمضى بين النشرة الأولى والنشرة الثانية مدة لا تزيد عن خمسة أيام .

مـادة ٥ ـ على المديرين والمشرفين والحائزين بأية صفة كانت لأى مال من أموال التركات المشار إليها فى المادة الأولى ، وعلى المدينين بها أن يقدموا بيانا عنها على النموذج المعد لذلك إلى مندوب الإدارة العامة لبيت المال خلال ثلاثين يوما من تاريخ النشرة الثانية .

مـادة ٦ ـ تشكل بقرار من وزير الخزانة لجان تكون مهمتها حصر هذه التركات وجردها ويكون لها الحق فى دخول مسكن المتوفى وأملاكه الأخرى والأماكن التى تكون بها أموال منقولة مملوكة له وذلك لاتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على هذه الأموال .

وإذا كان المتوفى أجنبيا تعين على اللجنة المختصة أن تخطر بوقت كاف قنصل الدولة التى ينتمى اليها لحضور عمليتى الحصر والجرد ، فإن لم يحضر كان لها أن تباشر عملها فى غيابه .

مـادة ٧ ـ تقوم اللجنة المشار إليها فى المادة السابقة بتقويم عناصر التركة وعليها أن تودع النقود خزانة المحافظة لحساب التركة .

وإذا كان بين موجودات التركة أوراق مالية أو مصوغات أو مجوهرات أو تحف أو أشياء ذات أهمية خاصة أو يتعذر تقدير قيمتها محليا كان عليها أن ترسلها لوزارة الخزانة للتحفظ عليها بعد تقدير قيمتها بمعرفتها أو بواسطة من ترى الاستعانة بهم من الخبراء الفنيين . -

ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض .

= مادة ٨ - تسلم الأراضي الزراعية للإدارة العامة للأملاك وطرح النهر ، أما العقارات المبنية والأراضي الفضاء المخصصة للبناء فتسلم لوزارة الإسكان والمرافق العامة لإدارتها لحساب التركة حتى تتم تصفيتها أو يتقرر تسليمها لصاحب الحق فيها .

وتصفى من تاريخ الوفاة جميع أنواع النشاط التجاري أو المهني التي كان يزاولها المتوفى .

مادة ٩ - تصفى كافة عناصر التركة على وجه السرعة ويودع صافي قيمتها بالخزانة العامة لحساب التركة حتى يتقرر حق ذوي الشأن فيها أو تنتهي المدة المنصوص عليها بالمادة الثانية ، ويجوز بالنسبة إلى العناصر التي يقوم بشأنها نزاع جدي أرجاء تصفيتها إلى أن يتم الفصل نهائيا ، في هذا النزاع .

مادة ١٠ - تعفى أموال التركات المنصوص عليها في المادة الأولى من جميع الضرائب والرسوم التي تستحق للحكومة ومجالس المحافظات والمدن والقرى .

ولا يسري هذا الإعفاء في شأن من تثبت لهم حقوق في هذه التركات .

مادة ١١ - في حالة ظهور مستحق للتركة يخصم من نصيبه رسم قدره ١٠ ٪ من إجمالي الإيراد نظير أعمال الإدارة و ٥ ٪ من إجمالي الثمن نظير إجراءات التصفية كما يخصم منه سائر المصروفات الفعلية الأخرى .

مادة ١٢ - يكون للرسوم المستحقة للخزانة العامة ونفقات الحصر والجرد والتقدير والإدارة والتصفية وأجور أهل الخبرة وغيرها من المصروفات التي تؤديها الخزانة حق الامتياز في مرتبة المصروفات القضائية ويحتج بها على كل من استفاد من هذه الإجراءات .

مادة ١٣ - يعاقب كل من يخالف أحكام المادة ٣ بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات كما يعاقب كل من اخفى بسوء نية مالا منقولا أو مستندات تتعلق بأموال التركة بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين .

مادة ١٤ - يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون .

مادة ١٥ - ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية ، ويصدر وزير الخزانة القرارات اللازمة لتنفيذه .
صدر برياسة الجمهورية في ١٤ شوال سنة ١٣٨١ (٢٠ مارس ١٩٦٢) .

* وبتاريخ ٢٢ / ١١ / ١٩٧١ صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٩٣٧ لسنة ١٩٧١ (الجريدة الرسمية في ١٩٧١/١٢/٢ - العدد ٤٨) ونصت مادته الأولى على الآتي : « تضم الإدارة العامة لبيت المال للهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعي ، وتؤول إلى الهيئة كافه مالها من حقوق وأموال وموجودات وما عليها من التزامات ، وتتولى مباشرة اختصاصاها على النحو المبين بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه » .
وكانت الهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعي - والتي ضم لها الإدارة العامة لبيت المال - قد صدر بانشائها قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧١ (الجريدة الرسمية في ٣٠ / ٩ / ١٩٧١ - العدد ٣٩) .

وتنفيذا للقرار بقانون ٧١ لسنة ١٩٦٢ أصدر وزير التأمينات قراراً في ٨ / ٨ / ١٩٧٣ باللائحة التنفيذية برقم ٩٥ لسنة ١٩٧٣ - حلت محل اللائحة الصادرة بقرار وزير الخزانة رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٢ - لحق المادة الخامسة منها تعديلا بموجب قرار وزيرة الشئون والتأمينات رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٧ بتاريخ ٣ / ٥ / ١٩٧٧ ، والآتي نص اللائحة - بعد الديباجة - معدلة :

واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين .

= مــادة ١ ـ على الأشخاص المنصوص عليهم فى المادة (٣) من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه وهم مالكى ومؤجرى المساكن والأماكن التى يتوفى بها من لا وارث له والمقيمين مع المتوفى وخدمه ورجال الإدارة المختصين ومديرى المستشفيات والمصحات والملاجىء أن يبلغوا بنك ناصر الاجتماعى أو أحد فروعه أو مندوبياته أو مكاتبه بالمحافظة التى حدث بدائرتها وفاة من لا وارث له وذلك خلال أربع وعشرين ساعة من وقت علمهم بها .

وفى حالة حدوث الوفاة خارج جمهورية مصر العربية ـ فعلى القنصلية المصرية التى تحدث بدائرة اختصاصها وفاة من لا وارث له ابلاغ المركز الرئيسى لبنك ناصر الاجتماعى بذلك . ويتضمن البلاغ المشار إليه اسم المتوفى وجنسيته ومهنته ومحل إقامة ومكان وفاته ومحل عمله وكافة المعلومات المتعلقة بعناصر التركة .

مــادة ٢ ـ تقوم الإدارة العامة لبيت المال ببنك ناصر الاجتماعى أو أحد فروعه أو مندوبياته أو مكاتبه فور وصول البلاغ المشار إليه بإثبات البيانات الواردة فيه فى السجل الخاص بذلك واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للتحفظ على أموال المتوفى بحضور مأمور الضرائب المختص وأحد ضباط أو أمناء الشرطة وتحرر محاضر بهذه الإجراءات ترفق نسخة منها بملف التركة ويثبت إجراء التحفظ بالسجل المشار إليه .

فإذا ظهر من التحريات عدم صحة البلاغ المشار إليه تلغى إجراءات التحفظ على أموال التركة وذلك بقرار من مدير عام الإدارة العامة لبيت المال بالبنك إذا كانت عناصر التركة غير معلومة أو كانت قيمتها لا تجاوز ١٠٠٠ جنيه (ألف جنيه) فإذا زادت عناصر التركة على هذا القدر يكون الإعفاء بقرار من مدير عام هيئة بنك ناصر الاجتماعى .

مــادة ٣ ـ تقوم الإدارة العامة لبيت المال بالبنك بعد التحقق من صحة البلاغ المشار إليه بإجراء الحصر والجرد والتقييم لعناصر التركة مع نشر بيان باسم المتوفى من غير وارث ظاهر والمعلومات التى ترشد عن شخصيته فى صحيفة يومية واسعة الانتشار مرة واحدة إذا كانت عناصر التركه تزيد على مائتى جنيه وإذا زادت على خمسمائة جنيه ينشر البيان فى صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار على أن يمضى بين كل نشرة مدة لا تزيد على خمسة أيام .

وتقوم هذه الإدارة العامة أو أحد فروع البنك الذى يقع مكان الوفاة فى دائرة اختصاصه بنشر صورة هذا البيان بمقره ، وفى حالة حدوث الوفاة خارج جمهورية مصر العربية فإن النشر يتم بمقر المركز الرئيسى للإدارة العامة لبيت المال بالبنك .

مــادة ٤ ـ على الأشخاص المنصوص عليهم بالمادة الخامسة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه والحائزين بأية صفة كانت لأى مال من أموال التركات الشاغرة الكائنة بجمهورية مصر العربية والتى يخلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسياتهم أن يقدموا بيانا عنها إلى الإدارة العامة لبيت المال بالبنك أو أحد فروعه أو مندوبياته أو مكاتبه خلال ثلاثين يوما من النشر للمرة الثانية .

مــادة ٥ ـ تشكل لجان بالتحفظ والحصر والجرد والتقييم التصفية المنصوص عليها فى المادتين الخامسة والسادسة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ على الوجه الآتى :

(١) عضو قانونى
(٢) عضو مالى
] من العاملين بالبنك وتكون الرئاسة لأقدمهما

ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبى عنها .

= (٣) مأمور ضرائب

(٤) أحد ضباط أو امناء الشرطة .

ويضم إلى هذه اللجان عضو فنى مختص يختاره رئيس بنك ناصر الاجتماعى وذلك إذا كان ضمن عناصر التركة أراضى زراعية أو عقارات مبنية أو أراضى فضاء مخصصة للبناء .

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا إلا بحضور عضوين من تشكيلها بينهما رئيس اللجنة .

مادة ٦ - يكون للجان المذكورة بالمادة السابقة الحق فى دخول سكن المتوفى وأملاكه الأخرى والأماكن التى يكون بها أموال منقولة مملوكة له واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للحصر والجرد والتقييم والبيع والمحافظة على أموال التركه .

ويتعين على اللجنة إذا كان المتوفى أجنبيا أن تخطر قبل إجراء الحصر والجرد بوقت كاف قنصل الدولة التى ينتمى إليها فإن لم يحضر كان لها أن تباشر عملها فى غيابه .

مادة ٧ - تقوم الإدارة العامة لبيت المال بالبنك أو أحد فروعه أو مندوبياته بدعوة اللجنة المذكورة - لمباشرة مهمتها فور الانتهاء من إجراءات التحفظ أو النشر .

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا إلا بحضور رئيس اللجنة ومندوب الإدارة العامة لبيت المال بالبنك .

وعلى اللجنة أن تثبت أعمالها فى محاضر مستوفاة وتشمل على بيان عناصر التركة تفصيلا مع وصفها وصفا دقيقا ،

وإذا ثبت أن المتوفى كان يباشر نشاطا تجاريا أو مهنيا - فعلى اللجنة أن تثبت فى محاضرها حالة الدفاتر والسجلات المتعلقة بهذا النشاط وتقوم بترقيم صفحاتها ووضع خطوط مميزة على الأجزاء البيضاء من الصفحات المكتوبة والتأشير على جميع الصفحات بتوقيعات أعضاء اللجنة .

ويجوز للجنة فى هذه الحالة أن تستعين بعضو فنى تختاره من بين المشتغلين بتقدير المثل أو مندوب من الغرفة التجارية بالمحافظة .

وتجرى تصفية كافة عناصر التركات الشاغرة عن طريق الإدارة العامة لبيت المال بالبيع بالمزاد العلنى أو المظاريف المغلقة أو الممارسة أو بالطريق أو بأى شكل يقتضيه صالح التركة وذلك بقرار من مدير عام الإدارة العامة لبيت المال .

ويصدر رئيس مجلس إدارة بنك ناصر الإجتماعى التعليمات التى يجب اتباعها فى هذا الشأن كما يجوز له أن ينيب إحدى الجهات المختصة فى مزاولة الأعمال والتصرفات العقارية نظير عمولة يتفق عليها .

مادة ٨ - على لجان الحصر والجرد والتقييم موافاة الإدارة العامة لبيت المال بالبنك فور الانتهاء من مهمتها بصورة من محاضرها وإذا كان من بين موجودات التركه أوراق مالية أو مصوغات أو مجوهرات أو تحف أو أشياء ذات أهمية خاصة أو أشياء يتعذر تقييمها محليا يتعين عليها إثبات هذه الأشياء تفصيلا فى محضر مستقل وعمل الأحراز اللازمة لها وإرسالها إلى الإدارة العامة لبيت المال ببنك ناصر الاجتماعى لتقييمها والتحفظ عليها بمعرفتها .

- كما تقوم هذه اللجان بموافاة الإدارة العامة لبيت المال ببنك ناصر الاجتماعي بأذون إيداع النقود بأحد فروع بنك ناصر أو البنوك التجارية باسم الهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعي (الإدارة العامة لبيت المال) .

مــادة ٩ ـ تعد الإدارة العامة لبيت المال بالبنك السجلات اللازمة لقيد الإخطارات التي ترد إليها عن التركات الشاغرة وقيد ملخص عناصر التركات المشار إليها والإجراءات التي اتخذت بشأنها وكذلك المطالبات المتعلقة بها التي تقطع التقادم .

مــادة ١٠ ـ تعد الإدارة العامة لبيت المال بالبنك سجلا خاصا بالتركات الشاغرة الكائنة بجمهورية مصر العربية والتي يخلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسياتهم يثبت فيه جميع عناصر هذه التركات من ثابت ومنقول وقيمتها وكافة الإجراءات التي تتخذ وذلك من تاريخ الاخطار عن الوفاة حتى تاريخ التصفية النهائية .

كما تعد سجلات خاصة بالعقارات المتعلقة بالتركات الشاغرة تثبت فيه كافة البيانات اللازمة كأوصافها ومواقعها وأثمانها والقيمة الإيجارية لكل وحدة سكنية والمتحصلات وإجراءات الشهر والتصفية والتسليم .

مــادة ١١ ـ تقوم الإدارة العامة لبيت المال بالبنك بامساك حساب خاص لكل تركة وتقوم بسداد ما قد يكون مستحقا على المتوفى من ضرائب أو رسوم أو، ديون ما تتحمل به التركة في قيمة صافي ما آل إلى الإدارة العامة لبيت المال ببنك ناصر الاجتماعي من أموال المتوفى بعد خصم المصروفات المستحقة لها على أن يراعى في هذا الشأن ما ينص عليه القانون رقم ٧١ لسنة ٦٢ من انقضاء كل حق يتعلق بالتركة ولو كان بسبب الميراث بمضى ١٥ سنة من تاريخ الوفاة مع عدم الإخلال بأحكام القوانين التي تقضى بمدد تقادم أقل .

مــادة ١٢ ـ تسلم إلى ما يثبت حقه في الإرث خلال مدة التقادم المنصوص عليها في المادة السابقة أصول التركه أو ثمنها وذلك بصدور قرار الافراج على النحو الموضح بالمادة الثانية من هذه اللائحة وذلك بعد خصم ما يأتي :ـ

١ ـ كافة الضرائب والرسوم المستحقة على المتوفى وعلى التركه حتى تاريخ التسليم .

٢ ـ يخصم من نصيب المستحق في التركه ١٠ ٪ من إجمالي الإيراد نظير أعمال الإدارة . و ٥ ٪ من إجمالي الثمن نظير إجراءات التصفية ـ كما يخصم منه كافة المصروفات الفعلية .

ويراعى في هذا الشأن ما نصت عليه المادة (١٢) من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ من امتياز الضرائب والرسوم المستحقة للخزانة والبنك ونفقات الحصر والتقييم والإدارة والتصفية وغيرها من أجور أهل الخبرة والمصروفات الأخرى .

مــادة ١٣ ـ يجوز لمدير علم بيت المال ارجاء تصفية عناصر التركات التي يقوم بشأنها نزاع جدى إلى أن يتم الفصل النهائي في هذا النزاع .

مــادة ١٤ ـ يلغى القرار الوزاري رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٢ الصادر باللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ .

مــادة ١٥ ـ ينشر هذا القرار في الوقائع المصرية ويعمل به من تاريخ نشره !!!

الباب الثانى

فى أسـباب الإرث وأنواعـه

مـادة ٧ ـ أسباب الإرث : الزوجية والقرابة والعصوبة السببية .

يكون الإرث بالزوجية بطريق الفرض .

ويكون الإرث بالقرابة بطريق الفرض أو التعصيب أو بهما معا ، وبالرحم مع مراعاة قواعد الحجب والرد .

فإذا كان لوراث جهتا إرث ورث بهما معا مع مراعاة أحكام المادتين ١٤ ، ٣٧ .

القسـم الأول

فى الإرث بالفـرض

مـادة ٨ ـ الفرض سهم مقدر للوارث فى التركة ، ويبدأ فى التوريث بأصحاب الفروض وهم .

الأب ، والجـد الصحـيح وإن عـلا ، الاخ لأم ، الأخت لأم ، الزوج ، الزوجـة ، البنات ، بنات الابن وإن نزل ، الأخوات لأب وأم ، الأخوات لأب ، الأم ، الجدة الصحيحة وإن علت .

مـادة ٩ ـ مع مراعاة حكم المادة ٢١ للأب فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل .

والجد الصحيح هو الذى لا يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى . وله فرض السدس على الوجه المبين فى الفقرة السابقة .

مـادة ١٠ ـ لأولاد الأم فرض السدس الواحد . والثلث للاثنين فأكثر ذكورهم وإناثهم فى القسمة سواء . وفى الحالة الثانية إذا استغرقت الفروض التركة يشارك أولاد الام والأخ الشقيق أو الأخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعا على الوجه المتقدم .

مـــادة ١١ ـ للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

وللزوجـة ولو كانت مطلقة رجعيـا إذا مات الزوج وهى فى العدة أو الزوجات فرض الربع عند عـدم الولد وولد الإبن وإن نزل . والثـمن مع الولد أو ولد الإبن وإن نزل .

وتعتبـر المطلقة بائناً فى مـرض الموت فى حكم الزوجة إذا لم نرض بالطلاق ومات المطلق فى ذلك المرض وهى فى عدته .

مـــادة ١٢ ـ مع مراعاة حكم المادة ١٩

(أ) للواحدة من البنات فرض النصف وللاثنتين فأكثر الثلثان .

(ب) ولبنات الابن الفرض المتقدم ذكرة عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع البنت أو بنت الأعلى درجة .

مـــادة ١٣ ـ مع مراعاة حكم المادتين ١٩ و ٢٠ :

(أ) للواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف وللإثنتين فأكثر الثلثان .

(ب) وللأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة .

مـــادة ١٤ ـ للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل أو مع اثنين أو أكثر من الأخوة والأخوات . ولها الثلث فى غير هذه الأحوال غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقى بعد فرض الزوج .

والجـدة الصـحـيـحـة هى أم أحـد الأبوين أو الجد الصـحـيح وإن علت . وللجـدة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهن على السواء لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين .

مـــــادة ١٥ ـ إذا زادت أنصبـاء أصـحـاب الفروض على التـركة قسـمت بينهم بنسبة أنصبائهم فى الإرث .

القسم الثانى

فى الإرث بالتعصيب

مـــادة ١٦ ـ إذا لم يوجد أحد من ذوى الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة كانت التركة أو ما بقى منها بعد الفروض للعصبة من النسب.

والعصبة من النسب ثلاثة أنواع .

(١) عصبة بالنفس (٢) عصبة بالغير (٣) عصبة مع الغير .

مـــادة ١٧ ـ للعصبة بالنفس جهات أربع مقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى :

(١) البنوة : تشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل .

(٢) الأبوة : وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا .

(٣) الأخوة: وتشمل الأخوة لأبوين والإخوة لأب وأبناء الأخ لأبوين وأبناء الأخ لأب وإن نزل كل منهما .

(٤) العمومة : وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وإن علا سواء أكانوا لأبوين أم لأب وأبناء من ذكروا وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .

مـــادة ١٨ ـ إذا اتحدت العصبة بالنفس فى الجهة كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت . فإذا اتحدوا فى الدرجة كان التقديم بالقوة . فمن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قرابة واحدة . فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة والقوة كان الإرث بينهم على السواء .

مـــادة ١٩ ـ العصبة بالغير هن :

(١) البنات مع الابناء .

(٢) بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا فى درجتهن مطلقا أو كانوا أنزل منهن إذا لم ترثن بغير ذلك .

(٣) الأخوات لأبوين مع أخوة لأبوين والأخوات لأب مع الإخوة لأب

ويكون الإرث بينهم فى هذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين .

مـــادة ٢٠ ـ العصبة مع الغير هن :

الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو بنات الابن وإن نزل . ويكون لهن الباقى من التركة بعد الفروض .

وفى هذه الحالة يعتبرون بالنسبة لباقى العصبات كالأخوة لأبوين أو لأب ويأخذن أحكامهم فى التقديم بالجهة والدرجة والقوة .

مـــادة ٢١ ـ إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل استحق السدس فرضا والباقى بطريق التعصيب .

مـــادة ٢٢ ـ إذا اجتمع الجد مع الأخوة والأخوات لأبوين أو لأب كانت له حالتان :

الأولى : أن يقاسم كأخ إذا كانوا ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناثا أو إناثا عصبن مع الفرع الوارث من الإناث .

الثانية : أن يأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث .

على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الارث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس .

ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوبا من الأخوة أو الأخوات لأب .

الباب الثالث

فى الحجــب

مـــادة ٢٣ ـ الحجب هو أن يكون لشخص أهلية الإرث ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر . والمحجوب يحجب غيره .

مـــادة ٢٤ ـ المحروم من الإرث لمانع من موانعه لا يحجب أحداً من الورثة .

مـــادة ٢٥ ـ تحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقا وتحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة . ويحجب الأب الجدة لأب . كما يحجب الجد الصحيح الجدة إذا كانت أصلا له .

مـــادة ٢٦ ـ يحجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح وإن علا والولد وولد الابن وإن نزل .

مـــادة ٢٧ ـ يحجب كل من الابن وابن الابن وإن نزل بنت الابن التى تكون أنزل منه درجة ، ويحجبها أيضا بنتان أو بنتا ابن أعلى منهما درجة ما لم يكن معها من يعصبها طبقا لحكم المادة ١٩ .

مـــادة ٢٨ ـ تحجب الأخت لأبوين كل من الابن وابن الابن وإن نزل والأب .

مـــادة ٢٩ ـ تحجب الأخت لأب كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل ، كما يحجبها الأخ لأبوين والأخت لأبوين إذا كانت عصبة مع غيرها . طبقا لحكم المادة ٢٠ والأختان لأبوين إذا لم يوجد أخ لأب .

الباب الرابع

فى الــرد

مـــادة ٣٠ : إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم توجد عصبة من النسب رد الباقى على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم ، ويرد باقى التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام .

الباب الخامس

فى إرث ذوى الأرحـام

مـــادة ٣١ ـ إذا لم يوجد أحد من العصبة بالنسب ولا أحد من ذوى الفروض النسبية كانت التركة أو الباقى منها لذوى الأرحام .

وذوو الأوحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى :

الصنـــف الأول : أولاد البنات وإن نزلوا ؛ وأولاد بنات الابن وإن نزل.

الصنف الثانى : الجد غير الصحيح وإن علا ، والجدة غير الصحيحة وإن علت.

الصنف الثالث : أبناء الأخـوة لأم وأولادهم وإن نزلوا وأولاد الأخـوات لأبوين أو لأحـدهمـا وإن نـزلوا : وبنات الأخـوة لأبوين أو لأحـدهمـا وأولادهن وإن نزلوا : وبنات أبناء الأخوة لأبوين أو لأب وإن نزلوا : وأولادهن وإن نزلوا .

الصنف الرابع : يشمل ست طوائف مقـدم بعضـهـا على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى :

الأولى ـ أعمام الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما .

الثـانيـة ـ أولاد من ذكـروا فى الفـقـرة السـابقـة وإن نزلوا : وبنات أعـمـام الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكرن وإن نزلوا .

الثـالثـة ـ أعـمـام أبى الميت لأم وعـمـاته وأخـواله وخـالاتـه لأبوين أو لأحـدهـمـا وأعمام أم الميت ـ وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما .

الرابعة ـ أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أب الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائه وإن نزلوا وأولاد من ذكرن وإن نزلوا .

الخامسة ـ أعمام أب أب الميت لأم ، وأعمام أب أم الميت وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما . وأعمام أم أم الميت وأم أبيه وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما .

السادسة - أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أب أب الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكرن وإن نزلوا وهكذا .

مـــادة ٣٢ ـ الصنف الأول من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة ، فإن استووا فى الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذى الرحم .

وإن استووا فى الدرجة ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض اشتركوا فى الإرث .

مـــادة ٣٣ ـ الصنف الثانى من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة ، فإن استووا فى الدرجة قدم من كان يدلى بصاحب فرض وإن استووا فى الدرجة وليس فيهم من يدلى بصاحب فرض فإن اتحدوا فى حيز القرابة اشتركوا فى الإرث ، وإن اختلفوا فى الحيز ، فالثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم .

مـادة ٣٤ ـ الصنف الثالث من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة ، فإن استووا فى الدرجة وكان فيهم ولد عاصب فهو أولى من ولد ذى الرحم ، وإلا قدم أقواهم قرابة للميت ، فمن كان أصله لأبوين فهو أولى ممن كان أصله لأب ، ومن كان أصله لأب فهو أولى ممن كان أصله لأم فإن اتحدوا فى الدرجة وقوة القرابة اشتركوا فى الإرث .

مـــادة ٣٥ ـ فى الطائفة الأولى من طوائف الصنف الرابع المبينة بالمادة ٣١ إذا انفرد فريق الأب وهم أعمام الميت لأم وعماته أو فريق الأم وهم أخواله وخالاته قدم أقواهم قرابة فمن كان لأبوين فهو أولى ممن كان لأب . ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم . وإن تساووا فى القرابة اشتركوا فى الإرث .

وعند اجتماع الفريقين يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ويقسم نصيب كل فريق على النحو المتقدم .

وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الثالثة والخامسة .

مــــادة ٣٦ : فى الطائفة الثانية يقدم الأقرب منهم درجة على الأبعد ولو من غير حيزه وعند الاستواء واتحاد الحيز يقدم الأقوى فى القرابة إن كانوا أولاد عاصب أو أولاد ذوى رحم .

فإن كانوا مختلفين قدم ولد العاصب على ولد ذى الرحم

وعند اختلاف الحيز يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم وما أصاب كل فريق يقسم عليه بالطريقة المتقدمه .

وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الرابعة والسادسة .

مــــادة ٣٧ : لا اعتبار لتعدد جهات القرابة فى وارث من ذوى الأرحام إلا عند اختلاف الحيز .

مــــادة ٣٨ : فى إرث ذوى الأرحام يكون للذكر مثل حظ الأنثيين

الباب السادس

فى الإرث بالعصوبة السببية

مــــادة ٣٩ : العاصب السببى يشمل :

(١) مولى العتاقة ومن أعتقه أو أعتق من أعتقه .

(٢) عصبة المعتق أو عصبة من أعتقه أو أعتق من أعتقه .

(٣) من له الولاء على مورث ـ أمه غير حرة الأصل ـ بواسطة أبيه سواء أكان بطريق الجر أم بغيره أو بواسطة جده بدون جد .

مــــادة ٤٠ : يرث المولى ذكراً كان أو أنثى معتقه على أى وجه كان العتق وعند عدمه يقوم مقامه عصبته بالنفس على ترتيبهم المبين بالمادة ١٧ على ألا ينقص نصيب الجد عن السدس : وعند عدمه ينتقل الإرث إلى معتق المولى ذكراً كان أو أنثى: ثم إلى عصبته بالنفس ، وهكذا .

وكذلك يرث على الترتيب السابق من له الولاء على أب الميت ، ثم من له الولاء على جده وهكذا .

الباب السابع

فى استحقاق التركة بغير إرث

فى المقر به بالنسب

مــادة ٤١ ـ إذا أقر الميت بالنسب على غيره استحق المقر له التركة إذا كان مجهول النسب ولم يثبت نسبه من الغير ولم يرجع المقر عن إقراره .

ويشترط فى هذه الحالة أن يكون المقر له حيا وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتا . وألا يقوم به مانع من موانع الإرث .

الباب الثامن

فى أحكام متنوعــة

القســم الأول

فى الحمــل

مــادة ٤٢ـ يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .

مــادة ٤٣ ـ إذا توفى الرجل عن زوجته أو معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة ولا يرث الحمل غير أبيه إلا فى الحالتين الآتيتين :

الأولى ـ أن يولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة موت أو فرقة ، ومات المورث أثناء العدة .

الثانية ـ أن يولد حيا لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة .

مــادة ٤٤ ـ إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقى على من دخلت الزيادة فى نصيبه من الورثة . وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة .

القسم الثانى

فى المفقود

مادة ٤٥ ـ يوقف المفقود من تركة مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما يبقى من نصيبه بأيدى الورثة .

القسم الثالث

فى الخنثى

مادة ٤٦ ـ للخنثى المشكل : وهو الذى لا يعرف أذكر هو أم أنثى أقل النصيبين : وما بقى من التركة يعطى لباقى الورثة .

القسم الرابع

فى ولد الزنا وولد اللعان

مادة ٤٧ ـ مع مراعاة المدة المبينة بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٣ يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرابتها : وترثهما الأم وقرابتها .

القسم الخامس

فى التخارج

مادة ٤٨ ـ التخارج هو أن يتصالح الورثه على إخراج بعضهم من الميراث على شىء معلوم :

فإذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله فى التركة : وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبائهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص فى عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية بينهم .

(ثانيـاً)

القــانون رقـم ٧١ لسنـة ١٩٤٦

بإصدار قـانون الوصـيـة [1]

نحن فاروق الأول ملك مصر

قـرر مـجلس الشـيـوخ ومـجلس النواب القـانون الآتـى نصـه ، وقـد صـدقنا عليـه وأصدرناه .

مـــادة ١ : يعـمل فى المسـائل والمنازعـات المتـعلقـة بالوصـيـة بالأحكام المرافقة لهذا القانون .

مـــادة ٢ : على وزير العدل تنفيـذ هذا القـانون ، ويعـمل بـه بعـد شـهـر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

تأمـر بأن يبـصم هـذا القـانون بخـاتم الدولة ، وأن ينشـر فى الجـريدة الرسـمـيـة ، وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بقصر المنتزة فى ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥ (٢٤ يونية ١٩٤٦) .

---

(١) الوقائع المصرية فى ١٩٤٦/٧/١ ـ العدد ٦٥ ، ويبدأ العمل به اعتباراً من ١٩٤٦/٨/٢ وقانون الوصية يطبق على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين ، ويراجع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ المنشور بهامش ص ١٢٠ .

أحكـام الوصـيـة

الباب الأول
أحكـام عامـة

الفصـل الأول
تعـريف الوصية ، وركنها ، وشرائطها

مـــادة ١ : الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى مابعد الموت .

مـــادة ٢ : تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة .

لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنهما بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الافرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الافرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية ، أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها .

مــادة ٣ ـ يشترط فى صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع .

وإذا كان الموصى غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية .

مـــادة ٤ : مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية أوالمعلقة بالشرط أو المقترنه به ، وإن كان الشرط صحيحاً وجبت مراعاته ما دامت المصلحة فيه قائمة ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه .

والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهياً عنه أو منافياً لمقاصد الشريعة .

مـــادة ٥ : يشترط فى الموصى أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى .

مـــادة ٦ : يشترط فى الموصى له :

(١) أن يكون معلوماً .

(٢) أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً ، فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصى ، وذلك مع مراعاة مانص عليه فى المادة ٢٠ .

مـــادة ٧ : تصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شئونها ، مالم يتعين المصرف بعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف فى وجوه الخير .

مـــادة ٨ : تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلاً ، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية .

مـــادة ٩ : تصح الوصية مع أختلاف الدين والملة ، وتصح مع أختلاف الدارين مالم يكن الموصى تابعاً لبلد إسلامى والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامى تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى .

مـــادة ١٠ : يشترط فى الموصى به :

(١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث ، أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصى .

(٢) أن يكون متقوماً عند الموصى إن كان مالاً .

(٣) أن يكون موجوداً عند الوصية فى ملك الموصى إن كان معيناً بالذات .

مـــادة ١١ : تصح الوصية بالخلو وبالحقوق التى تنتقل بالإرث ، ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر .

مـــادة ١٢ : تصح الوصية بإقراض الموصى له قدراً معلوماً من المال ، ولا تنفذ فيما زاد عن هذا المقدار على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة .

مـــادة ١٣ : تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاة الموصى ،فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية .

مـــادة ١٤ : تبطل الوصية بجنون الموصى جنونا مطبقاً إذا أتصل بالموت ، وكذلك تبطل بالنسبة للموصى له إذا مات قبل موت الموصى .

مـــادة ١٥ : تبطل الوصية إذا كان الموصى به معينا وهلك قبل قبول الموصى له .

مـــادة ١٦ : لا تبطل الوصية بالحجر على الموصى للسفه أو الغفلة .

مـــادة ١٧ : يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالاعدام على الموصى وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمسة عشرة سنة . ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى .

الفصل الثانى
الرجوع فى الوصية

مـادة ١٨ : يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة .

ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع منها.

ومن الرجوع دلالة كل تصرف يذيل ملك الموصى عن الموصى به .

مـادة ١٩ : لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جحدها ولا إزالة بناء العين الموصى بها ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسلميه إلا بها ، إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية .

الفصل الثالث

قبـول الوصـية وردهـا

مـــادة ٢٠ : تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبى .

ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول .

مـــادة ٢١ : إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه فى ذلك .

مـــادة ٢٢ : لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت ، ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملاً خلاف مواعيد المسافة القانونية ، ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول .

مـــادة ٢٣ : إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر ، لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد ، وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون لزمت بالنسبة لمن قبلوا وبطلت بالنسبة لمن ردوا .

مـــادة ٢٤ : لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى ، فإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد ، وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت والقبول ، وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده .

مادة ٢٥ : إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصى استحق الموصى به من حين الموت ، مالم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد الموت .

وتكون زوائد الموصى به من حين الملك إلى القبول للموصى له ، ولا تعتبر وصية ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به فى تلك المدة .

الباب الثانى

أحكام الوصية

الفصل الأول

فى الموصى له

مادة ٢٦ : تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون ، فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصى كانت الغلة لورثته ، وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكاً لورثة الموصى .

وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده كانت الغلة إلى أن يوجد غيره فيشترك معه فيه ، وكل من يوجد منهم يشترك فيها مع من يكون موجوداً وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر ، فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعاً ، ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه .

مادة ٢٧ : إذا كانت الوصية لمن ذكروا فى المادة السابقة بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصى كانت لورثة الموصى .

وإن وجد مستحق حين وفاة الموصى أو بعدها كانت المنفعة له ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم فتكون المنفعة لورثة الموصى وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصى .

مادة ٢٨ : إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها ، إلا إذا دلت عبارة الموصى أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد ، ففى هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطى الباقى لورثة الموصى ، وتقسم العين بين الموصى له وبين ورثة الموصى عند اليأس من وجود مستحق آخر .

مادة ٢٩ : إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين فلا تصح إلا للطبقتين الأوليين ، فإذا كانت للوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة الأولى أو انقراضهم واليأس من وجود غيرهم مع مراعاة الأحكام الواردة فى المادتين السابقتين .

وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة إلا إذا كان قد أوصى ببعضها لغيرهم.

مـــادة ٣٠ : تصح الوصية لمن يحصون ، ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية ، دون التقييد بالتعميم أو المساواة .

مـــادة ٣١ : إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصى ، كان جميع ما أوصى به مستحقاً للآخرين مع مراعاة أحكام المواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ .

مـــادة ٣٢ : إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة أو بين جماعة وجهة أو بينهم كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصى به .

مـــادة ٣٣ : إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة الموصى ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة .

مـــادة ٣٤ : إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به إليهم ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية .

مـــادة ٣٥ : تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية :

(١) إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية .

(٢) إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية مالم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة .

فإذا كانت الوصية لحمل معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبة من ذلك المعين .

وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له .

مـــادة ٣٦ : إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر ، كانت الوصية بينهم بالتساوى إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك .

وإن انفصل أحدهم غير حى استحق الحى منهم كل الوصية .

وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان وتكون لورثة الموصى في الوصية بالمنافع .

الفصل الثانى

الموصى بـه

مـــادة ٣٧ [1] : تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد عن الثلث ، ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه .

وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة .

---

(١) طعن على نص المادة ٣٧ فى فقرتها الأولى أمام المحكمة الدستورية العليا بالقضية رقم ١٢٥ لسنة ٦ قضائية « دستورية » ، وقضت تلك المحكمة بجلسة ١٩٧٦/٦/٦ برفض الدعوى (الجريدة الرسمية فى ١٩٨٧/٦/٢٠ العدد ٢٥) .

وجاءت مدونات هذا الحكم - بعد الديباجة - كالآتى :

بعد الأطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الأولى كانت قد أقامت الدعوى رقم ١٩٦٦ لسنة ١٩٧٧ مدنى كلى الجيزة ضد شقيقها المدعى طالبة الحكم بصحة ونفاذ الوصية المؤرخة ١٥ يناير سنة ١٩٧٥ الصادرة لها من والدتها بثلث ما تملكه من عقارات وأطيان زراعية ، وبجلسة ٢٧ فبراير سنة ١٩٨٠ قضت محكمة الجيزة الابتدائية بعدم سماع الدعوى ، فطعنت المدعى عليها الأولى على هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٢٨٤ لسنة ٩٧ قضائية القاهرة ، حيث دفع المدعى بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (٣٧) من قانون الوصية الصادر بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وبتاريخ ١٣ نوفمبر سنة ١٩٨٤ رخصت محكمة استئناف القاهرة المدعى برفع دعواه الدستورية فأقام الدعوى الماثلة .

وحيث إن المدعى عليها الأولى دفعت بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أن قرار محكمة الموضوع بالسماح للمدعى برفع دعواه الدستورية لا يفيد أنها قدرت جدية الدفع ، خاصة وأن أوراق الدعوى لم تكن تحت بصرها لسبق إرسالها إلى مكتب الخبراء ، كما أنها لم تحكم بوقف الدعوى الموضوعية التى مازالت متداولة بالجلسات لحين ورود تقرير الخبير .

وحيث إن هذا الدفع مردود بأن تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية وقد خص المشرع به محكمة الموضوع التى أثير أمامها الدفع طبقاً لما جرى به نص الفقرة (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ من أنه « اذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً ... » فإن مجرد سماح محكمة الموضوع لمن أثار الدفع برفع دعواه الدستورية يفيد بذاته تقديرها لجديته دون ما حاجة إلى دليل آخر لأثبات ذلك ، كما أن -

- وقف الدعوى الموضوعية ليس شرطاً لقبول الدعوى الدستورية وإنما هو نتيجه لتقدير جدية الدفع وضرورة الفصل فيه قبل الحكم في الدعوى الأصلية .

وحيث إن الدعوى استوفت أوضاعها القانونية .

وحيث إن المدعي ينعى على الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من قانون الوصية المشار إليه انها إذا قضت بصحة الوصية بالثلث للوارث وغيره ونفاذها من غير إجازة الورثة تكون قد انطوت على مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية وهي المصدر الرئيسي للتشريع عملاً بالمادة الثانية من الدستور .

وحيث إن القانون رقم ٧١لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية والمعمول به ابتداء من أول أغسطس سنة ١٩٤٦ ينص في الفقرة الأولى من المادة (٣٧) منه - محل الطعن - على أنه « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ، ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه » .

وحيث إنه يبين من تعديل الدستور الذى تم بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ أن المادة الثانية أصبحت تنص على أن « الاسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع» بعد أن كانت تنص عند صدور الدستور في ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ على أن الأسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع ، والعبارة الأخيرة من هذا النص لم يكن لهـا سابقة في أي من الدساتير المصرية المتعاقبة أبتداء من دستور سنة ١٩٢٣ حتى دستور سنة ١٩٦٤ .

وحيث إنه لما كان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع - بعد تعديل المادة الثانية من الدستور على نحو ما سلف - لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه هذا الالزام بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ ، فلا يتأتى انفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبل ، أي في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما ، واجب الإعمال ، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن هذا القيد ، وهو مناط الرقابة الدستورية .

وحيث إنه ترتيباً على ما تقدم ، ولما كان مبنى الطعن مخالفة الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من قانون الوصية الصادر بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ للمادة الثانية من الدستور تأسيساً على أن المادة المطعون عليها تخالف قواعد الميراث طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية جعلتها المادة الثانية من الدستور المصدر الرئيسي للتشريع ، وإذا كان القيد المقرر بمقتضى هذه المادة - بعد تعديلها بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ ، والمتضمن إلزام المشرع بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية - لا يتأتى إعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه حسبما سلف بيانه ، وكانت الفقرة الاولى من المادة ٣٧ من قانون الوصية المشار إليه لم يلحقها أي تعديل بعد التاريخ المشار إليه ، ومن ثم ، فإن النعي عليها ، وحالتها هذه - بمخالفة المادة الثانية من الدستور - وأيا كان وجه الرأى في تعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية - يكون في غير محله ، الأمر الذى يتعين معه الحكم برفض الدعوى.

مـــادة ٣٨ : تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ، ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية فى الباقى بعد وفاء الدين .

مـــادة ٣٩ : إذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى استوفى فى ثلث الباقى من التركة بعد وفاة الدين .

مـــادة ٤٠ : إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة .

مـــادة ٤١ : إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين فى الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً على الفريضة إن كانوا متفاضلين.

مـــادة ٤٢ : إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة وبنصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين ، وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة .

مـــادة ٤٣ : إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين وكان فى التركة دين أو مال غائب ، فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له ، وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث وكان الباقى للورثة ، وكلما حضر شئ استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفى حقه .

مـــادة ٤٤ : إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر منها ، وكلما حضر شئ استحق فيه .

مـــادة ٤٥ : إذا كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر من هذا النوع إن كان هذا

السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة وإلا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث ويكون الباقى للورثة وكلما حضر شئ استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصى بسهم فيه على ألا يضر ذلك بالورثة فإن كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة ما بقى من سهمه فى هذا النوع الموصى به من ثلث ما يحضر حتى يستوفى حقه.

مـــادة ٤٦ : فى جميع الأحوال المبينه فى المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر بذلك مالا حاضراً .

وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة ويعتبر هذا الدين مالا حاضراً إن كان مساوياً لنصيب الوارث فى الحاضر من التركة أو أقل ، فإن كان أكثر منه اعتبر مايساوى هذا النصيب مالا حاضراً .

وفى هذه الحالة لا يستولى الوارث على نصيبه فى المال الحاضر إلا إذا أدى ما عليه من الدين ، فان لم يؤده باعه القاضى ووفى الدين من ثمنه .

وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً .

مـــادة ٤٧ : **إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شئ للموصى له وإذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له مابقى منه إن كان يخرج من ثلث التركة وإلا كان له فيه بقدر الثلث .**

مـــادة ٤٨ : **إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى معين فهلك أو استحق فلا شئ للموصى له ، وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقى إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال وإلا أخذ الباقى جميعه إن كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث .**

مـــادة ٤٩ : **إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى نوع من أموال الموصى فهلك أو استحق فلا شئ للموصى له وإن هلك بعضه أو استحق فليس له إلا حصته فى الباقى إن خرجت من ثلث المال وإلا أخذ منه بقدر الثلث .**

وتكون الوصية بعدد شائع فى نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه .

الفصل الثالث

فى الوصية بالمنافع

مادة ٥٠ : إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مدة معلومة المبدأ والنهاية استحق الموصى له المنفعة فى هذه المدة فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصى اعتبرت الوصية كأن لم تكن وإذا انقضى بعضهم استحق الموصى له المنفعة فى باقيها .

وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ بدأت من وقت وفاة الموصى.

مادة ٥١ : إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة مالم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى.

وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى أو تضمينهم المنفعة .

وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصى أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع .

مادة ٥٢ : إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأبيد.

فإذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم .

ويجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدأ والنهاية أو بمدة معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية .

مادة ٥٣ : إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معينة ولقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقاطعهم أو لجهة من جهات البر ولم يوجد أحد من المحصورين فى خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى أو فى خلال المدة المعينة للمنفعة

أو وجد فى خلال هذه المدة وانقرض قبل نهايتها كانت المنفعة فى المدة كلها أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر .

مـــادة ٥٤ : إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذى يراه بشرط عدم الاضرار بالعين الموصى بمنفعتها .

مـــادة ٥٥ : إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصى وما يستجد منها مستقبلاً مالم تدل قرينة على خلاف ذلك.

مـــادة ٥٦ : إذا كانت الوصية ببيع العين الموصى له بثمن معين أو تأجيرها له لمدة معينة وبأجرة مسماة وكان الثمن أو الأجرة أقل من المثل بغبن فاحش يخرج من الثلث أو بغبن يسير نفذت الوصية .

وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ولم يجر الورثة الزيادة فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع هذه الزيادة .

مـــادة ٥٧ : تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصى بنسبة ما يخص كل فريق أو بالتهايؤ زماناً أو مكاناً أو بقسمة العين إذا كانت تحتمل القسمة من غير ضرر .

مـــادة ٥٨ : إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة .

مـــادة ٥٩ : تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها وبشراء الموصى له العين التى أوصى له بمنفعتها وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض وباستحقاق العين .

مـــادة ٦٠ : يجوز لورثة الموصى بيع نصيبهم فى العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة إلى إجازة الموصى له .

مـــادة ٦١ : إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة

استحق الموصى له بالمنفعة مدة حياته بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة فى مدى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى .

مـــــادة ٦٢ : إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها .

فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها فى هذه المدة .

مـــــادة ٦٣ : إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه .

مـــــادة ٦٤ : تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة .

فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة بوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه وفى غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة أو إلى أن تنتهى المدة أو يموت الموصى له .

مـــــادة ٦٥ : إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به ، ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به ، فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية ، وإن زاد عليه ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصى .

مـــــادة ٦٦ : إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين فى المادة ٦٤ إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال ويوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجه المبين فى المادة ٦٥ إن كانت الوصية بمرتب من الغلة .

فإذا مات الموصى له قبل المدة التى قدرها الأطباء كان الباقى من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التى قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة .

مـــادة ٦٧ : إذا لم تف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه مـــا يفى بالمرتب وإذا زادت الغلة عن المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصى .

ويوقف مـا يزيد من الغلة عن المرتب الموصى به فى الغلة حتى تنتهى مدة الانتفاع فإذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفى لتنفيذ الوصية فى إحدى السنوات استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة .

فإذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفى سنة فسنة أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصى .

مـــادة ٦٨ : إذا كانت الوصية بالمرتب لجهة لها صفة الدوام مطلقة أو مؤبدة يوقف من مال الموصى ما تضمن غلته تنفيذ الوصية ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة .

وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها وإذا نقصت الغلة عن المرتب فليس لها الرجوع على ورثة الموصى .

مـــادة ٦٩ : فى الأحوال المبينة فى المواد ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه بشرط أن يودعوا فى جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضى جميع المرتبات نقداً ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقى لورثة الموصى ويزول كل حق للموصى له فى التركه بالايداع والتخصيص .

مـــادة ٧٠ : لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصى ويقدر الأطباء حياة الموجودين وتنفذ الوصايا بمراعاة الأحكام المبينة فى الوصايا للمعينين .

الفصل الخامس

أحكام الزيادة فى الموصى به

مـادة ٧١ : إذا غير الموصى معالم الموصى بها أو زاد فى عمارتها شيئا مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتخصيص كانت العين كلها وصية .

وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له فى كل العين بقيمة الزيادة قائمـة .

مـادة ٧٢ : إذا هدم الموصى العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية .

وإن أعاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له فى جميع العين .

مـادة ٧٣ : إذا هدم الموصى العين الموصى بها وضم الأرض إلى أرض مملوكة له وبنى فيها اشترك الموصى له مع الورثة فى جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

مـادة ٧٤ : استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية و٧٢ فقرة ثانية و٧٣ إذا كان ما دفعه الموصى أو زاده فى العين يتسامح فى مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية وكذلك تلحق الزيادة التى لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن الموصى قصد إلحاقها بها .

مـادة ٧٥ : إذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكه له وحده لا يمكن منها تسليم الموصى له منفرداً اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته .

الفصل السادس

الوصـية الواجـبـة

مــــادة ٧٦[1] : إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصيته بقدر ما يكمله .

---

(١) طعن على المادة ٧٦ أمام المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٤٦ لسنة ٧ قضائية ، دستورية ، وقضت تلك المحكمة بجلسة ٤/٤/١٩٨٧ برفض الدعوى (الجريدة الرسمية فى ١٦/٤/١٩٨٧ ـ العدد)

وجاءت مدونات هذا الحكم ـ بعد الديباجة ـ كالآتى :

بعد الأطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث إن الدعوى استوفت أوضاعها القانونية .

وحيث إن الوقائع ـ على ما يبين من قرار الاحالة وسائر الأوراق تتحصل فى أن المدعية بصفتها وصية على أولادها القصر كانت قد تقدمت بالطلب رقم ٢٣٨ لسنة ١٩٨٥ وراثات مركز ملوى لاثبات وفاة مورثها وتحديد أنصبة ورثته ومن بينهم ابنه ابنته التى توفيت والدتها حال حياته ، وإذ تراءى لمحكمة مركز ملوى للاحوال الشخصية ، نفس ، ، عدم دستورية المادة ٧٦ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ باصدار قانون الوصية ، فقد قضت بجلسة ٣١ مايو سنة ١٩٨٥ بوقف الدعوى وأحالة الأوراق الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستوريتها استناداً الى ما استظهرته من مخالفتها لأحكام المواريث طبقا لمبادئ الشريعة الإسلامية التى أصبحت عملاً بالمادة الثانية من الدستور المصدر الرئيسى للتشريع ، .

وحيث إن القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ باصدار قانون الوصيـة ، والمعمول به ابتداء من أول أغسطس سنة ١٩٤٦ ينص فى المادة ٧٦ منه ـ محل الطعن ـ على أنه ، إذا لم يوص الميت لفـرع والده الذى مـات فى حياته ، أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته ، أو كان حياً عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله .

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على ما يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم كترتيب الطبقات، .

وحيث إنه يبين من تعديل الدستور الذى تم بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ أن المادة الثانية أصبحت تنص

على أن « الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع» والعبارة الأخيرة من هذا النص لم يكن لها سابقة فى أى من الدساتير المصرية المتعاقبة ابتداء من دستور سنة ١٩٢٣ حتى دستور سنة ١٩٦٤ .

وحيث إن الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ـ المنوط بالمحكمة الدستورية العليا ـ تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه ، وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزم سلطة التشريع بما يورده الدستور فى مختلف نصوصه من ضوابط وقيود ، ومن ثم ، فإنه يتعين ـ عند الفصل فيما يثار فى شأن هذه التشريعات من مطاعن تستهدف نقض قرينة الدستورية ـ استظهار هذه الضوابط والقيود وتحديدها وذلك للتعرف على مدى مخالفة تلك التشريعات لها .

وحيث إنه يبين من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور ـ بعد تعديلها على نحو ما سلف بيانه ـ أن المشرع الدستورى أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه الزام هذه السلطة ـ وهى بصدد وضع التشريعات ـ بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع ، وهو ما أشارت إليه اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور فى تقريرها إلى مجلس الشعب والذى أقره المجلس بجلسة ١٩ يوليو سنة ١٩٧٩ ، وأكدته اللجنة التى أعدت مشروع التعديل وقدمته إلى المجلس فناقشة ووافق عليه بجلسة ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٠ ، إذ جاء فى تقريرها عن مقاصد تعديل الدستور بالنسبة للعبارة الأخيرة من المادة الثانية بأنها « تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع الزامه بعدم الالتجا إلى غيرها ، فإذا لم يجد فى الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً ، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية فى الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من الوصول إلى الأحكام اللازمة والتى لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة ...» .

ولما كان مفاد ما تقدم ، أن سلطة التشريع اعتباراً من تاريخ العمل بتعديل العبارة الاخيرة من المادة الثانية من الدستور فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ ـ أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وبحيث لا تخرج ـ فى الوقت ذاته ـ على الضوابط والقيود التى تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع فى صدد الممارسة التشريعية ، فهى التى يتحدد بها ـ مع ذلك القيد المستحدث ـ النطاق الذى تباشر من خلاله المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية التشريعات ، لما كان ذلك ، وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع على ماسلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى انفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله ، أى فى وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما واجب الأعمال ، ومن ثم ، فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن إعمال هذا القيد ، وهو مناط الرقابة الدستورية ، ويؤيد هذا النظر ، ما أوردته اللجنة العامة فى مجلس الشعب بتقريرها المقدم بجلسة ١٥ سبتمبر سنة ١٩٨١ والذى وافق عليه المجلس من أنه « كان دستور سنة ١٩٧١ أول دستور فى تاريخنا الحديث ـ

وتكون هذه الوصـيـة لأهل الطبـقـة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعة دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم الى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات .

مادة ٧٧ : إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله .

= ينص صراحة على أن « الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع ، ثم عدل الدستور سنة ١٩٨٠ لتكون الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، وهذا يعنى عدم جواز إصدار أى تشريع فى المستقبل يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، كما يعنى ضرورة إعادة النظر فى القوانين القائمة قبل العمل بدستور سنة ١٩٧١ وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ، واستطرد تقرير اللجنة إلى أن « الانتقال من النظام القانونى القائم حاليا فى مصر والذى يرجع إلى أكثر من مائة سنة إلى النظام القانونى الإسلامى المتكامل يقتضى الآناة والتدقيق العملى ، ومن هنا ، فإن تقنين المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التى لم تكن مألوفة أو معروفة ، وكذلك ما جد فى عالمنا المعاصر وما يقتضيه الوجود فى المجتمع الدولى من حالات وعلاقات ومعاملات ، كل ذلك يستأهل الروية ويتطلب جهوداً ، ومن ثم ، فإن تغيير النظام القانونى جميعة ينبغى أن يتاح الواضعية والقائمين عليه الفترة الزمنية المناسبة حتى تجمع هذه القوانين متكاملة فى أطار القرآن والسنة وأحكام المجتهدين من الأئمة والعلماء .... » .

وحيث إنه إعمال المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها على ما تقدم بيانه ، وإن كان مؤداه الزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى لما يضعه من تشريعات بعد التاريخ الذى فرض فيه هذا الالزام بما يترتب عليه من اعتباره مخالفاً للدستور إذا لم يلتزم بذلك القيد إلا أن قصر هذا الإلزام على تلك التشريعات لا بمعنى اعفاء المشرع من تبعه الإبقاء على التشريعات السابقة - رغم ما قد يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية - وإنما يلقى على عاتقه من الناحية السياسية مسئولية المبادرة إلى تنقيه نصوص هذه التشريعات من أية مخالفة للمبادئ سالفة الذكر ، تحقيقاً للاتساق بينها وبين التشريعات اللاحقة فى وجود اتفاقها جميعاً مع هذه المبادئ وعدم الخروج عليها .

وحيث إنه كان ترتيباً على ما تقدم ، ولما كان مبنى الطعن مخالفة المادة ٧٦ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية للمادة الثانية من الدستور تأسيساً على أن المادة المطعون عليه تخالف قواعد الميراث طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية التى جعلتها المادة الثانية من الدستور المصدر الرئيسى للتشريع ، وإذ كان القيد المقرر بمقتضى هذه المادة - بعد تعديلها بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ والمتضمن الزام المشرع بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية - لا يتأتى إعمالع بالنسبة للتشريعات السابقة عليه حسبما سلف بيانه ، وكانت المادة ٧٦ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية لم يلحقها أى تعديل بعد التاريخ المشار إليه ، ومن ثم ، فإن النعى عليها وحالتها هذه - بمخالفة حكم المادة الثانية من الدستور - وأيا كان وجه الرأى فى تعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية - يكون فى غير محله ، الأمر الذى يتعين معه الحكم برفض الدعوى

وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه .

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب له من باقى الثلث فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

مـــادة ٧٨ : الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا .

فاذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم .

مــادة ٧٩ : فى جميع الأحوال المبينه فى المادتين السابقتين يقسم مايبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية .

الفصل السابع

فى تزاحم الوصـايا

مـــادة ٨٠ : إذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تفى بالوصايا أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفى بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين .

مـــادة ٨١ : إذا كانت الوصية بالقربات ولم يف ما تنفذ فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية فى الاستحقاق وإن أختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل .

مــادة ٨٢ : إذا تزاحمت الوصـايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب كان نصيبهما لورثة الموصى .

مذكرة إيضاحية
لمشروعى القانونين الخاصين
بأحكام المواريث وأحكام الوصية

فى أوائل حكم المغفور له محمد على باشا والى مصر ، صدر له من الدولة العثمانية فرمان شاهانى تضمن تخصيص القضاء والافتاء بمذهب الإمام أبى حنيفه كما صدرت له فى آخر حكمه ارادة سنية تؤكد العمل بذلك الفرمان .

وجرى العمل من ذلك الحين طبقاً لما تضمنه هذا الفرمان وتلك الارادة ، وتقرر بشكل واضح فيما صدر من القوانين للمحاكم الشرعية .

وفى أواخر القرن الماضى وأوائل القرن الحاضر اتجه أولو الأمر إلى اصلاح المحاكم الشرعية اصلاحاً شاملاً ، كما طالبت بذلك الأمة والهيئات النيابية فى أوقات مختلفة .

ومن مجموع البحوث التى أجريت بهذا الصدد تبين أن فى الاقتصار على القضاء بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفه مشقة للأسباب الآتية :

(أولاً) كثير من المسائل الخلافية فى هذا المذهب وقع فيه اختلاف فى ترجيح الأقوال أو لم ينص فيه على ترجيحه ، ولذلك كان الاختلاف بين آراء القضاة وأحكامهم كبيراً .

(ثانيا) كثير من الحوادث - تظل لما لا بسها من تغيير الظروف واختلاف الأحوال الاجتماعية تدعو المصلحة إلى أن يكون الحكم فيها بالمرجوح من مذهب الحنفية أو بأحكام المذاهب الأخرى دفعاً للمشقة ورفعاً للحرج عن المتقاضين .

(ثالثا) أحكام هذا المذهب متفرقة فى كتبه المختلفة بحيث لا يسهل على الجمهور الرجوع اليها ، ومن الحق والعدل أن تكون الأمة على بينه من الأحكام التى تتقاضى على أساسها .

وبالرغم من أن الإصلاح بالمحاكم الشرعية قد تناول أكثر النواحى ، فإنه لم يتناول قانون الموضوع إلا ابتداء من سنة ١٩٢٠ ولم يتناول إلا بعض مسائل خاصة صدر بها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

وقد رأت وزارة العدل ـ تحقيقاً لرغبات الأمة المتكررة ـ ولما وعدت به الوزارة فى خطاب العرش ـ تأليف لجنة تقوم بوضع قانون شامل للأحوال الشخصية وما يتفرغ عنها وللأوقاف والمواريث والوصية ، وغيرها مما يدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الحسبية ، تختار أحكامه من المذاهب الإسلامية وتراعى فيه عادات الأمة وتقاليدها وما يلائم حالها ويساير رقيها الاجتماعى ويحقق ما تنطوى عليه الشريعة السمحه من يسر و خير ، فرفعت إلى مجلس الوزراء مذكرة بذلك مقترحة تشكيل هذه اللجنة برياسة حضرة صاحب الفضيلة الأستاذ الأكبر وعضوية سعادة وكيل الوزارة وحضرتى صاحبى الفضيلة رئيس المحكمة العليا الشرعية ومفتى الديار المصرية وبعض الكبار من رجال القانون والقضاة وأساتذة الجامعة وفقهاء المذاهب الأخرى والمحامين ، ووافق المجلس على هذه المذكرة فى ديسمبر سنة ١٩٣٦ ، وباشرت اللجنة أعمالها وأتمت مشروع قانون للمواريث وآخر للوصية .

ولما عرض هذان المشروعان على اللجنة الاستشارية التشريعية فرغت كلا منهما فى الصيغة القانونية وأنهت الينا بكتابها رقم ٨٤٨ المؤرخ ١٢ مارس سنة ١٩٤١ أنها راعت ألا تتجاوز مهمتها أعطاء الشكل القانونى وتوضيح المرامى وتوفير التنسيق اللازم بين الأحكام والتوفيق بينها وبين التشريعات الأخرى المنظمة للمسائل التى من نوعها فلم تناقش مبادئ الأحكام التى تضمنها وهى مستقاة من الشريعة الإسلامية اكتفاء بالبحث الدقيق الذى قامت به لجنة الأحوال الشخصية ، كذلك راعت فيما يختص بالاصطلاحات الفقهية الشرعية الواردة فى هذين المشروعين بصفة مغايرة للتسميات المألوفة فى القوانين المدنية أن تبقيها على حالها تسهيلاً لمهمة الباحث فى كتب الفقة، فإذا أراد الرجوع إليها صادفته العبارة ذاتها المستعملة فى مواد القانون .

وقد أرفق بكل من أحكام المواريث وأحكام الوصية مذكرة إيضاحية تبين مرامى النصوص ومآخذها من الفقة الإسلامى .

ومن الواضح أن العمل فى المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصية سيكون طبقاً لهذه الأحكام وفى الأحوال التى لا يوجد لها حكم فيها تطبق المحاكم القول الأرجح من مذهب أبى حنيفه طبقا للمادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

مذكرة تفسيرية

لمشـــروع قـانون المواريـث

لم يسلم الأصل [١] من التكرار في بعض المواضع ومن ذكر نصوص كثيرة لا تخرج عن كونها توجيهات فقهية أو قواعد عامة مستنبطة من الأحكام الجزئيـة لتيسير الاحـاطة بهـا مما لا ينبغي ذكره في التـقنين وهو مع ذلك قد أغفل الحكم في بعض المسائل ولم يستوف في البعض الآخر أحكام صورها المختلفة ، فروعي في تبويب المشروع وفي تحرير نصوصه تخليته من هذه العيوب جميعها وجعله ثمانية أبواب .

البـاب الأول

أحـكـام عـامـة

مـادتا ١ و ٢ - (١) ألحق بموت المورث حالة اعتباره مـيتـاً بحكم القاضي وقد فصلت هذه الحالة في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(٢) لا نزاع بين الفـقـهـاء في أن الجنـين إذا نزل مـيت بدون جنايـة لا يرث ولا يورث واختلفوا في الجنين الذي أسقط بجناية على أمه فذهب الحنيفة إلى أنه يرث ويورث على تقدير الحياة فيه وقت الجناية وتقدير موته بسببها .

وذهب الأئمـة أحمد بن حنبل والشافعي ومالك في قوله الأخير إلى أنه لا يرث للشك في حياته ولا يورث عـه سوى الغرة وهي مبلغ مقدر على فاعل الجناية التي أسقط الجنين بسـببها ، وذهب ربيعـه بن عبد الرحمن والليث بن سعد إلى أن الغـرة لا تورث عن الجنين بل تكون لأمـه لأنها عوض عنه وهو كجزء منها .

---

(١) المراد بالأصل هو كتاب الأحكام الشرعية الذي جمعة ورتبه محمد قدري باشا ، وقد جعل أصلا للمشروع على نحـو مـا اشـارت إليه المادة الثانيـة من مـذكـرة وزارة الحـقـانيـة ، والخاصة بتـأليف لجنة الأحـوال الشخصية والتي وافق عليها مجلس الوزراء بتاريخ ١٩٣٦/١٢/٩ .

فخولف مذهب الحنفية وأخذ بما فى المذاهب الأخرى من أن الجنين الذى أسقط بجناية لا يرث ولا يورث لأن ذلك يقتضى أهليته للملك وهى غير متحققه. فضلا عن أن وراثته من الغير لا تتفق مع حكمه توريث الشخص من غيره ولهذا نص المشروع على اشتراط تحقق موت المورث أو الحكم بموته وتحقق حياة المستحق للتركة وقت موت المورث أو وقت الحكم بموته .

واشتراط أن يكون المستحق للإرث حيا وقت موت المورث أو الحكم بموته لا يخرج به الحمل إذا ولد حياً بعد موت المورث لأنه فى هذه الحال يعتبر من الأحياء عند موت مورثه ولهذا أشير فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢ إلى توريثه وفقاً للأحكام الموضوعه لذلك .

وحذف ما جاء بالأصل من أنه يشترط للميراث العلم بجهة الإرث ودرجته لأن هذا شرط القضاء وليس شرطاً من شروط الميراث .

مـــادة ٣ : عبارة الأصل تمثيلية فجعل الحكم عاماً وغير قاصر على ما إذا كان الموت فى حادث واحد أخذاً بمذهب الحنفية .

مـــادة ٤ : (١) خولف مذهب الحنيفة فقدمت النفقة المحتاج إليها فى تجهيز الميت على الدين الذى تعلق بعين كالراهن أخذاً بمذهب الإمام أحمد بن حنبل لأن تقديم التجهيز على الدين يرجع إلى أن الميت أحوج إليه من قضاء ديونه الذى هو من حاجاته ويستوى فى ذلك الديون المتعلقة بالعين والديون الأخرى .

(٢) زيد على الأصل نفقة تجهيز من تلزم الميت نفقته كولد مات قبله ولو بلحظة وزوجته كذلك ولو غنية فإنه يبدأ باخراجهما من ماله كنفقة تجهيزه وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الحنفية. فنفقة تجهيز من تلزم المرء نفقته واجبة عليه حال حياته فى ماله بعد وفاته .

(٣) المراد بالديون فى المادة الديون التى لها مطالب من العباد أما ديون الله فلا تطالب بها التركة أخذاً بمذهب الحنفية .

(٤) أبقى العمل بمذهب الحنفية فى المقر له بالنسب وفى الموصى له بما زاد

على ما تنفذ فيه الوصية احتراماً لارادة الميت وتحقيقاً لرغبته فى ماله الذى تركه بدون وارث .

(٥) والمقر له بالنسب غير وارث لأن الإرث يعتمد ثبوت النسب وهو غير ثابت بالإقرار. غير أن الفقهاء أجروا عليه حكم الوارث فى بعض الأحوال كتقدمة على الموصى له بما زاد على الثلث بالنسبة للزائد وكاعتباره خلفاً عن المورث فى الملك فله أن يرد بالعيب وكمنعة من الإرث بأى مانع من موانعه .

فرؤى من المصلحة اعتباره مستحقاً للتركة بغير الإرث ايثاراً للحقيقة والواقع

مادة ٥ (أ) قدمت لجنة الأحوال الشخصية مشروع هذا القانون متضمناً النص على أن الرق مانع من موانع الإرث وقد رؤى حذفه نظراً لأن الرق غير موجود ومحظور بل معاقب عليه منذ أكثر من ستين عاماً فلم تعد ثمت فائدة عملية من إيجاد مثل هذا النص بين موانع الإرث ولقد صيغت عبارة هذه المادة بحيث لا تكون مقيدة لحصر موانع الإرث حتى لا يظن أنه قصد بالحذف تغيير حكم شرعى أجمع عليه المسلمون .

(ب) خولف مذهب الحنفية فيما يأتى :

١ ـ فى القتل بالتسبب فصار القتل العمد مانعاً سواء أباشر القاتل القتل أم كان شريكاً فيه أم تسبب فيه أخذاً بمذهب مالك .

٢ ـ فى القتل الخطأ ، فلم يعتبر مانعاً أخذاً بمذهب مالك .

(ج) يدخل فى القتل العمد المباشر من أجهز على شخص بعد أن أنفذ فيه آخر مقتلاً من مقاتله فإنهما يمنعان من إرثه بمذهب أبى حنيفه فى منع أحدهما من الإرث وبأحد قولين فى مذهب مالك فى منع الآخر ويدخل فى القتل بالتسبب الأمر والدال والمحرض والمشارك والربيئة (وهو من يراقب المكان أثناء مباشرة القتل) وواضع السم وشاهد الزور الذى بنى على شهادته الحكم بالإعدام .

(هـ) على أن القتل العمد لا يمنع فى كل الأحوال ، والأحوال التى لايكون فيها مانعاً من الإرث هى الأحوال الآتية :

١ ـ القتل قصاصاً أو حداً .

٢ ـ القتل فى حالة من حالات الدفاع الشرعى عن النفس أو المال مما هو منصوص عليه فى المواد ٢٤٥ و ٢٤٩ و ٢٥٠ من قانون العقوبات .

٣ ـ قتل الزوج زوجته والزانى بها عند مفاجأتهما حال الزنا مادة (٢٢٧) عقوبات.

٤ ـ تجاوز حد الدفاع الشرعى مادة (٢٥١) عقوبات .

(د) قصد باشتراط كون القاتل عاقلاً إخراج مايأتى :

١ ـ الجنون والعاهة العقلية (مادة ٦٢) عقوبات .

٢ ـ ارتكاب القاتل القتل وهو فى غيبوبة ناشئة عن عقاقير أيا كان نوعها إذا أخذها قهراً عنه أو عن غير علم بها (مادة ٦٣) عقوبات .

مـادة ٦ : فيما يتعلق باختلاف الدين .

١ ـ زيد على الأصل النص على أن غير المسلمين يعتبرون فى حق الإرث ذوى دين واحد ، فالاختلاف بينهم فى الدين لا يمنع من أن يرث أحدهم الآخر وأن المرتد لا يرث من غيره حتى لا يتوهم أنه يرث غير المسلم ، وقد أخذ هذان الحكمان من مذهب الحنفية .

٢ ـ خولف الأصل فى كسب المرتد بعد الردة أخذاً بمذهب الشافعى فصار ما تملكه كل من المرتد والمرتدة قبل الردة لورثته المسلمين وبعدها للخزانة العامة .

واختلاف الدارين غير مانع من الأرث فيما بين المسلمين بالاتفاق وأختلف الائمة فى أنه مانع من موانع الإرث بالنسبة لغير المسلمين فذهب الحنفية إلى أنه مانع من الإرث وذهب الإمامان وأحمد بن حنبل إلى أنه غير مانع منه فروئ الأخذ بهذا الرأى تحقيقاً للتسوية بين المسلمين وغيرهم فى هذه الحالة واشترط لذلك أن تجيز شريعة البلد الذى يتبعه الأجنبى غير المسلم توريث الأجنبى عنها .

الباب الثانى

فى أسباب الإرث وأنواعه

مادة ٧ : لم يذكر فى هذه المادة الإرث بولاء الموالاه مخالفة للأصل لأن هذا النوع من الولاء لا وجود له من زمن بعيد فلا حاجة إليه .

واستبقى مذهب الحنفية فى الإرث بجهتى القرابة فإذا كان لوارث جهتاً قرابة بالفرض وبالتعصيب أو بالفرض والرحم ورث بهما معاً كزوج هو ابن عم شقيق وكأخ لأم هو ابن عم شقيق فإن كلا منهما يرث بالفرض وبالتعصيب ، وكزوج هو ابن عم لأم يرث بالفرض والرحم وهو قول أبى حنيفه ومحمد .

القسم الأول

فى الإرث بالفرض

مادة ١٠ : أخذ بمذهب الإمام الشافعى فى المسألة المشتركة وهى خاصة بماإذا وجد مع الأخوة لأم أخ شقيق أو أخوة أشقاء منفردون أو مع أخت شقيقة أو أخوات شقيقات واستغرقت أنصباء ذوى الفروض التركة ولم يبق شئ للأخوة الأشقاء يرثونه تعصيباً فلا تتحقق المسألة المشتركة إذا وجد أخ واحد لأم أو وجد مع الأخوة لأم أخت شقيقه أو أخوات شقيقات فقط لانهن يرثن فى هذه الصورة بالفرض ولا تتحقق أيضاً إذا بقى للأخوة الأشقاء شئ بعد أنصباء أصحاب الفروض وصورتها زوج وأم وأخوة لأم واخوة أشقاء مذهب الشافعى قسمة الثلث (فرض أولاد الأم) عليهم وعلى الأخوة الأشقاء ذكوراً وأناثاً بالسوية بين الجميع لا فرق بين الذكر والأنثى منهم فللزوج النصف فرضا وللأم السدس فرضاً وللأخوة لأم والأخوة الأشقاء الثلث بالسوية بينهم وقد دعاً للاخذ بهذا المذهب والعدول عن مذهب الحنفية القاضى بعدم استحقاق الأخوة الأشقاء شيئاً وبانفراد الاخوة لأم بالثلث أن المصلحة تقضى بعدم سقوطهم وباهدار قرابة الأب وتوريثهم بقرابة الأم مادام لم يبق لهم شئ ورثونه بالتعصيب وإلا كانت قوة قرابتهم مدعاة لحرمانهم من الميراث مع اعطائه للأضعف قرابة وهم الأخوة لأم .

مــادة ١١ : الحكم الذى أخذ به المشروع قولا لأحمد بن حنبل وتفصيله أن المطلقة قبل الدخول والخلوة ترث مطلقها فى مرض الموت إذا مات فى مرضه ما لم يتزوج ولا عدة عليها والمطلقة بعد الخلوة ترثه أيضا مالم يتزوج وعليها عدة الوفاة والمطلقة بعد الدخول ترث مطلقها أيضاً سواء أبقيت فى عدته أم خرجت منها مالم يتزوج ، وهذا القول يخالف مذهب الحنفية وقد أخذ به المشروع لأنه يتفق وحكمه توريث المطلقة بائنا فى مرض الموت وهو معاملة المطلق بنقيض ما قصد إليه بطلاقها وهو حرمانها من الارث .

مــادة ١٤ : يحجب الأم من الثلث إلى السدس اثنان من الأخوة ذكوراً فقط أو ذكوراً واناثاً أو اناثا فقط من أية جهة لأبوين أو لأب أو لأم أو جهتين مختلفتين .

مــادة ١٥ : لما كانت أحكام العول خاصة بأصحاب الفروض رؤى أن ينص عليها مع الأحكام الخاصة بهم والعول عند الفقهاء زيادة فى سهام ذوى الفروض ونقصان من مقادير انصبابتهم من التركة فإذا زادت الفروض على أصل المسألة زيد أصل المسألة فيدخل النقص على كل منهم بقدر فرضه كنقص أرباب الديون بالمحاصة وهى الديون التى ضاقت عنها التركة وليس بعضها أولى من بعض ، ففى زوج وشقيقتين للزوج النصف فرضا والشقيقتين الثلثان فرضاً فقد زاد مجموع الانصباء على الواحد الصحيح فأصل المسألة من سته نصفها وهو ثلاثة للزوج وثلثاها وهو أربعة للشقيقتين فتفرض المسألة من سبعة للزوج ثلاثة وللشقيقتين أربعة وهذه العملية عبارة عن قسمة الواحد الصحيح بين الورثة بنسبة فروضهم فخص الزوج ٣/٧ التركة وخص الشقيقتين ٤/٧ التركة .

القسم الثانى

فى الإرث بالتعصيب

مادة ١٨ : المراد من التقديم الوارد فى هذه المادة التقديم فى الإرث بالعصوبة فلا ينفى هذا أن الأب والجد يرثان بالفروض من الفرع الوارث من الذكور الذى يرث فى هذه الحالة بالتعصيب وحده .

ولا فرق فى الحكم الخاص بالتقديم بالجهة ثم الدرجه ثم بالقوة بين الواحد والأكثر فمتى وجد واحد من جهة أعلى حجب العصبة من الجهات الأخرى .

مادتا ١٩ و ٢٠ : الحكم الوارد فى هاتين المادتين لا يختلف فيه الواحد والأكثر فالبنت عصبة بالابن وبنت الابن عصبة بابن الابن والأخت لأبوين عصبة بالأخ لأبوين والأخت لأب عصبة بالأخ لأب والأخت لأبوين أو لأب عصبة مع البنت الصلبية أو بنت الابن .

مادة ٢٢ : المذهب المعمول به وهو مذهب الإمام أبى حنيفه وبعض فقهاء الصحابة أن الجد كالأب فى حجب الأخوة الأشقاء أو لأب. فرؤى الأخذ برأى من قال من فقهاء الصحابة والصاحبين والإئمة الثلاثة بتوريث هؤلاء الأخوة مع الجد لظهور المصلحة فى الأخذ بهذا الرأى فكثيراً ما يموت الشخص حال حياة أبيه فيرثه والده وأولاده ثم يموت أحد هؤلاء الأولاد عن جده وأخوته فيحجب الجد الاخوة ، ولا يأخذ أحد منهم شيئا مع أن الجد يكون غنياً فإذا مات ترك لأولاده جميع ماله بما فى ذلك ما أخذه عن أولاد ابنه وبذلك ينفرد أولاد الجد بجميع ماله ولا يأخذ أولاد ابنه شيئا منه .

فكان فى الأخذ بغير المذهب المعمول به رعاية لهؤلاء الأخوة الذين لا ينالون شيئا من تركة جدهم .

ولما كان القائلون بتوريث الأخوة الأشقاء أو لأب مع الجد من الصحابة اختلفوا فى كيفية التوريث على مذاهب ثلاثة رؤى اختيار مافى المشروع من بين هذه المذاهب الثلاثة لما فيه من المصلحة وتفصيل الأحكام الواردة فى المشروع على الوجه الآتى:

(١) فى حالة ما إذا كان ميراث الأخوات الشقيقات أو لأب بالتعصيب لوجود العاصب من الذكور أو الفرع الوارث من الاناث وكذلك فى حالة وجود أخ أو أخوة أشقاء أو لأب فإن الجد يقاسم كواحد منهم إلا إذا حرمه ذلك أونقصه عن السدس فيكون له السدس فرضاً ، ففى جد وأخت شقيقه وأخ لأب ـ للشقيقه النصف والنصف الآخر بين الجد والأخ لأب مناصفة بينهما لكل الربع تعصيباً وفى جد وأختين شقيقتين وأخوين شقيقتين يعتبر الجد كأخ شقيق ويكون الميراث بينهم للذكر منهم مثل حظ الانثيين تعصيباً وفى جد وبنت أخ شقيق وأخت شقيقة للبنت النصف فرضا والباقى بين الجد والأخ الشقيق والأخت الشقيقة للذكر منهم مثل حظ الانثيين وفى جد وبنت وأخت شقيقه وأخ لأب ، للبنت النصف فرضاً والباقى للجد والأخت الشيقة للذكر منها مثل حظ الانثيين تعصيباً ولا شئ للأخ لأب ولا يدخل فى المقاسمة لأنه محجوب بالأخت الشقيقة مع الفرع الوارث من الاناث وفى زوج وبنتين وجد وأختين شقيقتين للبنتين الثلثان فرضاً وللزوج الربع وللجد السدس فرضاً وتعول ولا شئ للأختين الشقيقتين .

(٢) فى حالة ما إذا كان ميراث الأخت الشقيقة أو لأب أو الأخوات الشقيقات أو لأب بالفرض لعدم وجود عاصب من الذكور (أخ شقيق أو لأب) ولعدم وجود فرع وارث من الاناث (بنت أو بنت ابن وإن نزل يرث الجد بالتعصيب فيأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض مالم ينقصه ذلك عن السدس أو يحرمه فيكون له السدس فرضا مع العول ففى جد وأخت شقيقة وأخت لأب ـ للشقيقة النصف فرضاً وللأخت لأب السدس تكمله الثلثين فرضا وللجد الباقى وهو الثلث بالتعصيب وفى زوج وأخت شقيقة وأخت لأب وجد للزوج النصف فرضاً وللشقيقة النصف فرضاً وللأخت لأب السدس تكمله الثلثين فرضا وللجد السدس فرضاً وتعول إلى ثمانية للزوج ثلاثة وللاخت الشقيقة ثلاثة وللأخت لأب واحد وللجد واحد وميراث الاخوة مع الجد على الوجه المتقدم مأخوذ من مذهب الإمام على كرم الله وجهه فيما عدا الحالة الآتية وهى حالة ما اذا وجد فرع وارث من الاناث فقد جرى المشروع فيها على مذهب زيد بن ثابت وهو مقاسمة الجد للأخوة مالم ينقص نصيبه عن السدس فيكون له السدس فرضاً وإن كان المشروع لم يأخذ فى جميع الأحوال بمذهب زيد من دخول من كان محجوباً من الأخوة أوالأخوات لأب فى المقاسمة وأخذ بمذهب الإمام على من عدم دخول من كان محجوباً من الأخوة والأخوات لأب فى المقاسمة ولا مانع من ذلك شرعاً .

القسم الثالث

فى الحجب

المواد من ٢٣ـ ٢٩ : جمعت فى هذا الباب أحكام الحجب وذكر فى المادتين ٢٣ و ٢٤ أن المحجوب لا يحجب غيره عدا المحروم من الإرث لمانع من الموانع المذكورة فى المادتين ٥ و ٦ فإنه لا يحجب أحداً من الورثة .

الباب الرابع

فى الرد

مادة ٣٠ : لفقهاء الصحابة فى الرد على أحد الزوجين رأيان ، رأى بأنه لا يرد عليهما وهو رأى جمهورهم وعليه مذهب الحنفية . ورأى بأنه يرد عليهما كما يرد على أصحاب الفروض النسبية وهو رأى عثمان ابن عفان وعليه جابر بن زيد من التابعين .

فرؤى من المصلحة تقرير الرد على أحد الزوجين مع تأخيره عن ذوى الأرحام ، فإذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض النسبية ولا من العصبة النسبية ولا من ذوى الأرحام مع أحد الزوجين أخذ كل التركة فرضاً ورداً لأن صلة الزوجين فى الحياة تقضى بأن يكون لاحدهما فى هذه الحالة الحق فى مال الآخر بدلا من المستحقين الآخرين .

واقتصر فى الأخذ بمذهب عثمان بن عفان على ما إذا لم يوجد مع الزوجين ذو فرض أو ذو رحم محافظة على صلة القربى التى تربط الميت بقرابته بقسمة ماله بينهم وبين أحد الزوجين ؟ قال الله تعالى ، **﴿وأولو الأرحام بعضهم أولي ببعض في كتاب الله﴾** .

وكذلك رؤى من المصلحة تقديم الرد على ذوى الفروض وتوريث ذوى الأرحام والرد على أحد الزوجين على غير العصبة من النسب أخذاً برأى كثير من الصحابة منهم عبدالله بن مسعود .

الباب الخامس

فى الإرث بالرحم

المواد ٣٥ ـــ ٣٨ لم يسلم الأصل من عيبين واضحين أولهما اغفاله بعض أفراد ذوى الأرحام وثانيهما اغفاله حكم توريث بعض طبقات ذوى الأرحام فخلى الأصل من هذين العيبين وقد أخذ الأصل فى التوريث بمذهب محمد مع ما فى هذا المذهب من الصعوبة فى فهمه وتطبيقه كقسمة التركة على أول طبقه حصل فيها الاختلاف فى الذكورة والأنوثة واعتبار الأصل موصوفا بصفته فى الذكورة أو الأنوثة متعدداً بتعدد فروعه وكالتسوية فى الميراث بين المدلى بوارث والمدلى بغير وارث فى بعض الأصناف مع أنه أخذ فى الصنف الأول بتقديم المدلى بوارث على من لا يدلى به ـ لذلك رؤى الأخذ فى الأحكام بصفة عامة بمذهب أبى يوسف وقد أفتى به بعض فقهاء الحنفية لسهولته .

وأهم ما تقضى الحاجة بالاشارة إليه من الأحكام التى أخذ بها فى هذا القسم مايأتى :

(١) زيد فى الصنف الثالث من ذوى الأرحام بنات أبناء الأخ لأبوين أو لأب وإن نزلوا وأولادهن لأن هؤلاء من ذوى الأرحام وعبارة الأصل لا تشملهم .

(٢) روعى فى ذكر الصنف الرابع من ذوى الأرحام بيان كل طائفة منهم على حده لاظهار ترتيب الارث بينهم ـ فلا يرث أحد من أولاد عمومة الميت وخؤولته مع عمومة الميت وخؤلته وإن نزلوا وهكذا ، وذلك لأن الاجمال الذى جرى على الأصل لا يستفاد منه هذا الترتيب وإن اقتصر الأصل على حكم ميراث عمومه الميت وخؤولته وأولادهما مع أن الواجب أن يشمل الحكم عمومة الآباء والأمهات والأجداد والجدات وهو ما بينه المشروع .

(٣) أخذ فى توريث ذوى الأرحام من أى صنف كانوا بمذهب أبى يوسف فى قسمة المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين سواء اتفقت أو أختلفت صفة أصولهم فى الذكورة والأنوثة .

(٤) إذا أختلف حيز القرابة وتعددت جهة القرابة فى وارث واحد من ذوى

الأرحام ورث بهما معاً لعدم إمكان ترجيح حيز على آخر فيعتبر الوارث من الحيزين ويشترك مع كل منهما فى الميراث فيأخذ نصيباً فى حيز قرابة الأب وآخر من حيز قرابة الآم ويتحقق هذا فى الصفتين الثانى والرابع ،قد أخذ فى ذلك بما رواه أمل وراء النهر عن أبى يوسف من أنه يعتبر الجهات وبمذهب محمد وأبى حنيفه وباقى المذاهب الأخرى وادا اتحد الحيز وتعددت جهة القرابة فى وارث لم تتعدد جهة إرثة أخذاً بما رواه أهل العراق وخراسان من أن أبا يوسف لا يعتبر الجهات بل يرث عنده ذو جهتين بجهة واحدة كمذهبه فى الجدات الذى أخذ به المشروع والأصل .

(٥) أخذ فى الصنف الثانى من ذوى الأرحام بقول أبى سهل الفرضى وأبى فضل الخفاف وعلى بن عيسى البصرى فى تقديم من يدلى بوارث (صاحب فرض) على من لا يدلى به .

(٦) أخذ فى الطائفة الثانية من طوائف الصنف الرابع بغير ظاهر الرواية واختاره عماد الدين تبعاً لشمس الأئمة ورجحه بعضهم على ظاهر الرواية وهو تقديم ولد العصبة على ولد ذى الرحم مطلقاً أى ولو كان ولد ذى الرحم أقوى قرابة فالتقديم بالدرجه ثم بولد العصبة ثم بقوة القرابة وإنما أخذ بهذا القول ليكون ميراث الطائفة الثانية من الصنف الرابع متفقاً مع ميراث الصنف الثالث .

(٧) عند اختلاف الحيز فى الصنف الرابع لا يقدم الأقوى قرابة فى أحد الحيزين على الأضعف فى الحيز الآخر ولا العصبة فى أحدهما على ولد ذى الرحم فى الآخر وهذا الحكم مستفاد من المادتين ٣٥ و ٣٦ من المشروع وهو الراجح من مذهب أبى حنيفه .

الباب السادس

فى الارث بالعصوبة السببية

مـــادتا ٣٩ و ٤٠ (١) سوى بين العصبة النسبية والعصبة السببية فى مشاركة الأخوة الأشقاء أو لأب للجد فى الميراث اذ لا وجه لاختلاف الحكم وأخذ فى توريثهم بمذهب الصاحبين ، ويلاحظ أن حكم التسوية وان لم يذكر صراحة فى المادة ٤٠ من المشروع فإن هذا الحكم مستفاد من النص فيه على أنه عند عدم المعتق ينتقل الإرث الى عصبته بأنفسهم على الترتيب الوارد فى المادة ١٧ ومن النص على أن

نصيب الجد فى العصبة السببية لا ينقص دائما على السدس ، ففى جد المعتق وسبعة أخوة أشقاء للمعتق مثلا يكون للجد السدس والباقى بين الأخوة الأشقاء بالسوية .

(٢) إذا أعتق الرجل أمته فتزوجت عبداً أولدها فولدها حر عليه الولاء لمولى الأم ، فإن أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء وجر اليه ولاء ابنه عن مولى الأم وشرط جر الولاء :

(١) أن يكون الأب عبداً حين الولادة .

(٢) ألا تكون حرة الأصل بأن تكون معتقه أو يكون فى أصلها رقيق ، فان كانت حرة ولم يكن فى أصلها رقيق فلا ولاء على ولدها بحال .

(٣) أن يعتق العبد سيده ، فإن مات على الرق لم ينجر الولاء .

وواضح أن الولاء لا ينجو إلى معتق الجد وهو مذهب أبى حنيفه الذى أخذ به المشروع ، ومثال الولاء بغير الجر معتق تزوج معتقه وأولدها ولدا فولاؤه لعتق الأب ابتداء بدون جر ثم لعصبته بالنفس ثم لعتق الجد ثم لعصبته بالنفس

الباب السابع

فى استحقاق التركة بغير إرث

مــادتا ٤١ (١) لم يذكر فى المقر له بالنسب أنه يستحق الباقى بعد فرض أحد الزوجين كما ذكر بالأصل لأن هذا الحكم يخالف ما تقرر من أن الرد على أحد الزوجين بعد ذوى الأرحام وقبل العصبة السببية والمقر له بالنسب وقد زيد على الأصل النص على اشتراط أن يكون المقر له مجهول النسب لأنه لو كان معروف النسب لم يصح اقرار المقر بغير هذا النسب المعروف .

وإنما اشترط عدم ثبوت نسب المقر به من غير المقر لأنه لو ثبت نسب المقر له بتصديق المقر عليه أو بأى دليل مثبت للنسب يكون المقر له وارثاً للمقر كباقى الورثة، واشترط ألا يمنع المقر له بالنسب مانع من موانع الإرث لأن حكمه فى ذلك حكم مستحق التركة بالإرث وقد سبق بيان أن الحنفيه يعتبرونه وارثاً فيمنعه من الإرث أى مانع من موانعه .

(٢) أغفلت الإشارة فى هذا الباب إلى الموصى له بما زاد على ما تنفذ فيه الوصية لأن الأحكام المتعلقة به ستذكر فى مشروع الوصية .

ولم يذكر شئ عن بيت المال لأنه لا توجد فى الواقع أحكام خاصة فى استحقاقه التركة سوى ما تعلق بترتيبه وهو مانصت المادة الرابعة من المشروع عليه .

الباب الثامن
فى أحكـــام متنوعـــة

القسم الأول
فى الحمـــل

المواد ٤٢ و ٤٤ (١) مذهب الحنفية الذى جرى عليه الأصل كان يشترط فى توريث الحمل أن يولد أكثره حياً والمذاهب الثلاثة الأخرى تشترط فى توريثه أن يولد كله حياً فرؤى من المصلحة الأخذ برأيهم .

وحياة المولود تثبت للقاضى بثبوت أعراض ظاهرة للحياة اليقينية كالبكاء والصراخ والتشهيق فاذا لم يثبت شئ من ذلك كان للقاضى الرجوع إلى رأى الأطباء الشرعيين للتحقق من أن المولود ولد حياً حياة يقينية .

(٢) لم ينص فى الأصل على المدة التى يشترط ولادة الحمل فيها للتحقق من وجوده وقت موت المورث فنص فى المشروع على الحكم فى ذلك .

وقد أخذ بمذهب الأمام الشافعى فى اشتراط ولادة الحمل لأقل من ستة أشهر من تاريخ وفاة المورث إذا كان الحمل من زوجية قائمة من غيره وعدل عن مذهب الحنفيه الذى يكتفى بالولادة فى هذه الحالة لستة أشهر والمراد بالأشهر هنا الأشهر الهلالية .

(٣) أخذ المشروع برأى محمد بن الحكم من علماء المالكية الذى نقله عنه ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد وهو أن أكثر مدة الحمل سنة للأسباب التى بينت بالمذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمراد بالسنة عنده السنة الهلالية فرؤى أن تكون سنة شمسية عدد أيامها ٣٦٥ للاحتياط الذى أخذ به المشروع فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

فاشترط لميراث الحمل أن يولد فى هذه المدة التى تبدأ من تاريخ وفاة المورث

اذا كان الحمل من زوجته ومن تاريخ الفرقة بموت أو طلاق إذا كان الحمل من معتدة وفاة أو طلاق سواء أكانت معتدة الطلاق مطلقة المتوفى أو مطلقة غيره .

القسم الثانى

فى المفقـــود

مـــادتا ٤٥ (١) حذف من الأصل تعريف المفقود لعدم الحاجة إليه فقد تعرض القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ لتعريف المفقود .

(٢) حذف من الأصل أن المفقود يحكم بموته إن لم يبق من أقرانه أحد لأن هذا الحكم يخالف ما أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(٣) لم يذكر حكم تقسيم تركة المفقود المحكوم بموته بين ورثته الموجودين وقت الحكم لأن المادة ٢٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تكفلت ببيان هذا الحكم واقتصر المشروع على حكم المفقود من حيث أنه يرث من غيره فقط ـ وستذكر سائر الأحكام المتعلقة بها فى المشروع الذى يشتمل على أحكام المفقود .

القسم الثالث

فى الخنثى

مـــادة ٤٦ : اكتفى فى النص على حكم الخنثى المشكل لأنه إذا لم يكن مشكلاً ألحق بجنسه فى الذكورة أو الأنوثة وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الحنفية وهو اعطاؤه أقل النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى أو حرمانه إذا كان لا يستحق شيئا على أحد التقديرين ثم اعطاء كل التركة أو باقيها للورثة .

القسم الرابع

فى ولد الزنا وولد اللعان

مـــادتا ٤٧ : التزم الأصل فى ارث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرابتها وارثها منه دون الأب وقرابته .

القسم الخامس

فى التخــــارج

مــــادة ٤٨ : زيد على الأصل حكم تقسيم نصيب الخارج بين باقى الورثة إذا كان المدفوع له من مالهم وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الحنفية .

تقرير لجنة الشئون التشريعية
بمجلس النواب
عن مشروع قانون المواريث

أحال المجلس فى دور الانعقاد الماضى بجلسة ٨ يونية سنة ١٩٤٢ على لجنة الشؤون التشريعية مشروع قانون المواريث ، فأناطت بحثه بلجنة فرعية ، وبعد أن أتمت مهمتها رفعت رأيها إلى اللجنة العامة . فوالت بحثه فى جلسات متعددة حتى أتمت البحث .

وفى مستهل دور الانعقاد الحالى أعادت لجنة الشؤون التشريعية نظر مشروع القانون .

ويلخص بحثها فيما يلى :

أن من يتبع تاريخ التشريع الإسلامى وتطوراته يرى أن أهم ما كان يعتمد عليه القضاء فى استنباط الأحكام هو كتاب الله ، وتأتى بعده السنة والاجماع والقياس ، وما أن اتسعت الفتوحات الإسلامية فى الأقطار المختلفة حتى جدت حوادث لم يألفها الناس من قبل ، وقام كثير من علماء المسلمين بوضع قواعد التشريع الإسلامى ، فظهرت مذاهب أبى حنيفة ومالك والشافعى وابن حنبل ، لكل واحد منها انصاره ، وكان طبيعياً أن يظهر أثره هذه المذاهب المختلفة فى القضاء ، ونتج عن ذلك على مرور الأيام أن تضاربت الأحكام فى الحوادث المتشابهة ، وصعب تبعاً لذلك تنفيذها .

وظلت تلك الحالة القضائية تسود مصر حتى صارت الولاية إلى المغفور له محمد على باشا . إذ اتجهت فكرة الإصلاح وقتئذ نحو توحيد القضاء وتقييده بمذهب واحد ، وذلك دفعاً للتناقض بين الأحكام ، وما يؤدى إليه من الحرج والمشقة ، فأصدر الخليفة فرمانا بتخصيص القضاء ،والافتاء بمذهب أبى حنيفه ، وقد تأكد العمل بذلك

الفرمان بصدور ارادة سنية فى آخر حكم محمد على باشا بنفس المعنى ، وظهر أثر ذلك واضحاً فيما صدر بعد ذلك التاريخ من القوانين للمحاكم الشرعية .

ومما هو جدير بالملاحظة أن اختيار مذهب أبى حنيفه لم يكن نتيجه مفاضلة بينه وبين المذاهب الإسلامية الأخرى ، وإنما كان نتيجة تمذهب الخلفاء العثمانيين بهذا المذهب واتباع علمائهم لأحكامه ، وكان طبيعياً أن يسود هذا المذهب مصر أيضا بحكم خضوعها للدولة العثمانية ، ولكن لما استقر لها استقلالها الذى أعترفت به الدولة العلية نفسها فى معاهدة فرساى ، وثبت لها الحق كاملاً فى التشريع ، تحركت فكرة إصلاح المحاكم الشرعية ، فشمل هذا الإصلاح كثيراً من نواحيها ، وظل يمشى بطيئا فى التحلل من أحكام مذهب أبى حنيفه ، مع قيام أسباب الشكوى دائما من التقيد بأحكامه ، فلم يدخل التعديل على الأحكام الموضوعية إلا فى فترتين ، احدهما بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ والأخرى بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ولما كان التعديل على هذا الوجه المتبور لا يقطع كل أسباب الشكوى كان واجبا على الحكومة أن تعنى بالأمر ، وأن تقصد إلى تعديل كلى شامل لا تتقيد فيه بمذهب خاص ، وأن تجعل سبيلها أيسر الأحكام تحقيقاً للصالح العام وقطعاً لأسباب الشكوى ، مراعية فى ذلك عادات الأمة وتقاليدها وتربيتها الإسلامية وما يلائم حالها ويساير رقيها الاجتماعى فشكلت - تحقيقاً لهذا الغرض - لجنة الأحوال الشخصية ، وكانت باكورة أعمالها أن وضعت مشروع قانون المواريث موضوع بحثنا الآن .

ومما هو جديد بالذكر أن معظم أحكام هذا المشروع مأخوذة من مذهب الإمام الأعظم ، ومعمول بها فعلاً أمام المحاكم الشرعية منذ مدة طويلة ، أما ما استحدث من تعديل فلم يتقيد فيه برأى مذهب معين كما سبق البيان .

وترى اللجنة أن تبدأ بالإشارة إلى أهم التعديلات التى وردت بمشروع القانون.

(١) أصبح القتل عمداً سواء أكان ذلك مباشرة أم بطريق السببية مانعاً من موانع الإرث طبقا للمادة ٥ بينما تقضى أحكام الحنفية بتوريث من قتل مورثه عمداً بدس السم له ، أو حبسه حتى مات جوعاً أو عطشاً أو أعان على قتله ، بأن حرض عليه أو أمسكه للقاتل أو دله عليه ليقتله ، أو راقب له الطريق حتى قتله ، كما تقضى أيضا بأن من قتل مورثه خطأ لا عمداً لا يرث منه -ووجه مخالفة المذهب لما أخذ به المشروع ظاهر .

(٢) جعل اختلاف الدارين غير مانع من الإرث طبقا للمادة ٦ خلاف لمذهب أبى حنيفه الذى لم يؤخذ به إلا فى حالة واحدة على سبيل الاستثناء ، وهى حالة ما إذا كانت شريعة البلد الذى يتبعه الوارث الأجنبى غير المسلم مانعة من إرث الأجنبى اتباعاً لقاعدة المعاملة بالمثل .

(٣) أخر الوارث بسبب ولاء العتاقة عن جميع الورثة حتى على الرد على الزوجين ، أما ولاء الموالاه فقد استبعد من أسباب الإرث إذ لا وجود له الآن .

(٤) جعل الجد مشاركاً للأخوة فى الميراث طبقاً للمادة ٢٢ ، فقد يقاسهم كأخ أن كانوا ذكوراً فقط ، أو ذكوراً وإناثاً ، أو اناثا عصبن مع الفرع الوارث من الاناث ، وقد يأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الاناث ،على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس .

(٥) اشتراك الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم فى الميراث إذا استغرقت الفروض التركة طبقاً للمادة ١٠ .

(٦) الرد على أحد الزوجين مع تأخيره عن ذوى الأرحام طبقاً للمادة ٣٠ خلافاً لمذهب أبى حنيفة .

(٧) الأخذ بقول أبى يوسف فى توريث الأرحام وترك العمل بقول محمد ، لتعقيده إلى درجه تؤدى إلى الارتباك .

(٨) قضى بأن أقصى مدة الحمل سنة خلافاً لمذهب الحنفية الذى حددها بسنتين .

(٩) توريث النسوة اللاتى طلقن من أزواجهن فراراً من إرثهن حتى ولو انتهت عدتهن ، مادمن لم يتزوجن .

وقد تكفلت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ببيان الاعتبارات التى دعت إلى التعديل فى كل من الحالات السابقة ووجه المصلحة الذى يحققه ذلك التعديل ، واللجنة تقرها على رأيها فى جميع الحالات ما عدا الأخيرة منها ، وسيأتى بيان سبب ذلك فى موضعه .

وترى اللجنة أن تعرض للمواد التى كانت محل مناقشة فيما يلى :

مـــادة ١

تنص المادة الأولى من مشروع القانون على ما يأتى : « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضى » .

وقد اختلفت الرأى فى جواز إسناد الوفاة إلى تاريخ سابق .

فاتجه رأى فريق من أعضاء اللجنة إلى عدم جواز الاسناد وأعتمد فى تبرير رأيه إلى أن الموت أما أن يكون حقيقة أو حكماً ، ففيما يتعلق بالموت الحقيقى ، للقاضى أن يحكم - كلما توافرت لديه الأدلة المقنعة - بأن الوفاة وقعت فى تاريخ معين ، وله فى ذلك مطلق الحرية فى التقدير أسوة بكل نزاع آخر يعرض عليه للفصل فيه ، أما الموت الحكمى فيحتاج بالضرورة إلى حكم يصدر من القاضى ، وبغير هذا الحكم لا يمكن القول بأن الشخص مات حكماً ، فحكم القاضى يقرر الوفاة ، ويظهرها فى الحالة الأولى ، ولكنه ينشئها فى الحالة الثانية .

ويعززون رأيهم بأن هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الغراء وبالتالى فكل رأى يخالفه يعوزه السند التشريعى ، وانهم بهذا الرأى يتمشون مع أحكام المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالمفقود .

ويضيفون إلى ما تقدم أنه يصعب جداً وضع ضابط محكم يسترشد به القاضى عند إسناد الوفاة إلى تاريخ دون آخر ، إذ قد يترتب على هذا الإسناد حرمان شخص من الإرث أو ثبوت حقه فيه ، فترك المسألة إلى القاضى يحكم فيا بما يمليه عليه تقديره قد يوقعه فى الحرج .

على أن الفريق الآخر الذى يتمسك بوجوب إجازة الإسناد ، اعترض بأنه لا فرق بتاتاً فى هذا الصدد بين الموت الحقيقى والموت الحكمى .

فقد تعرض على القاضى حالة مفقود لو أنه كان حياً لبلغ مائتى سنة مثلاً ، وهم يتساءلون : كيف لا يباح للقاضى أن يحكم بأعتبار هذا المفقود ميتاً من تاريخ سابق ؟ ويرون أن التفرقة التى يتمسك بها أصحاب الرأى الأول ، لا سند لها ولا حكمة تبررها .

ويضيفون إلى هذا أن من الأمور الشرعية المتروكة إلى تقدير القاضى ما هو

أكبر خطراً وأجل شأنا من الحكم بالإسناد ، ومع ذلك لم يقل أحد أن هذا موقع له فى الحرج ، وأن الذى يوقعه فى الحرج هو تجريده من الحق فى الحكم بالإسناد ، لأنه فى الوقت الذى يقتنع فيه بوجوب الحكم باعتبار المفقود ميتا فى تاريخ معين يمتنع عليه الحكم بما اقتنع به .

وقد ناقشت اللجنة هذين الرأيين طويلاً ، وانتهت إلى ترجيح الرأى الأول أخذاً بالأضبط والأحوط .

مــــادة ٥

رأت اللجنة تعديل الفقرة الأولى من نص هذه المادة على الوجه الآتى :

« من موانع الإرث قتل المورث ... وهذا أوضح فى الدلالة على أن النص وارد على سبيل التمثيل لا الحصر .

ورأت أقلية فى اللجنة ضرورة تعميم الحكم الخاص بعدم منع الزوج من الإرث، إذا قتل زوجته عند مفاجأتها متلبسه بالزنا ، على بعض محارمها ، كالأب والأبن والآخ، لأنهم أقوى عذراً من الزوج ، وصلتهم بها وثيقة لا تنفصم ، ويلصق عارها بهم مدى الحياة ، بينما تنتهى صلة الزوجية بالطلاق ، وينقطع تعبير الزوج بانقطاع تلك الصلة ، وأضافوا إلى ذلك أن إيراد الحكم على هذا الوجه الذى يقترحونه ، تقضيه الأخلاق السائدة فى الشرق عموماً وفى بلدنا الإسلامى على وجه الخصوص .

ولكن اللجنة رأت بأغلبية الآراء الموافقة على بقاء المادة كما هى ، استناداً إلى أن زنا الزوجه أشد وقعاً على الزوج منه على أى شخص آخر ، إذ يولد له الشك على الدوام فى صحة نسب أولاده إليه ، وهذا اعتبار هام لا يصدق على أحد غيره ، وفضلاً عما تقدم فإن التعديل المقترح يؤدى إلى التشجيع على القتل ، وبالتالى إلى اختلال الأمن العام .

مــــادة ٦

اعترض بعض أعضاء اللجنة على الفقرة الثانية من تلك المادة الخاصة بإرث المرتد ، وتمسكوا بمخالفتها للمادة ١٢ من الدستور التى تكفل حرية الاعتقاد للجميع ، وقالوا أنه اذا كانت الضرورة اقتضت مخالفة النص الصريح الوارد بالقرآن ، والذى يقضى بقتل المرتد لمخالفته .

لنص الدستور الصريح (١) ، فإن الضرورة أيضا تقتضى مخالفة الأحكام الشرعية الخاصة بإرث المرتد ، لأنها وردت مشبعة بتلك الروح الدينية التى ظهر أنها تخالف الدستور ، ومما هو جدير بالملاحظة أن تلك الأحكام كلها وضعت باجتهاد الفقهاء ، وبالتالى ليس لها من القوة ما لنص القرآن الكريم .

وأضافوا إلى ما تقدم أنه ليس من العدل أن يصيب الجزاء - مع مخالفة ذلك للدستور - أشخاصاً أبرياء لا ذنب لهم فى ارتداد أبيهم ، مع أن والدهم يظل متمتعاً مدى حياته بحقوقه كامله .

وقد عنيت وزارة العدل بهذا الاعتراض ، وأوضحت على لسان أحد حضرات مندوبيها أن عدم إرث المرتد من غيره متفق عليه شرعاً ، ولا يصح أن يكون محل مناقشة ، أما إرث غيره منه فسيوضح عند نظر قانون الأحوال الشخصية .

ورأت اللجنة بأغلبية الآراء حذف الفقرة الخاصة بإرث المرتد فى المادة السادسة ، على أن تتولى القوانين التى تحدد المعنى المقصود بهذه الكلمة بيان أحكام المرتد كاملة .

مـــادة ١١

أخذ فى هذه المادة بمذهب ابن حنبل فى توريث المطلقة فى فرض الموت ولكن اللجنة رجحت باجماع الآراء مذهب أبى حنيفه ، وقررت أن تستبدل بعبارة «ولم تتزوج قبل موته» الواردة فى آخر المادة عبارة «وهى فى عدته» حتى يصبح النص متمشياً مع روح المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وغير متعارض من نص المادة ٤٣ من مشروع القانون الحالي التى تقضى بإرث الحمل إذا ولد حياً لسنة شمسية على الأكثر من تاريخ الفرقة .

ولو بقى نص المادة ١١ على أصله دون تعديل لأدى ذلك إلى توريث المطلقة بائناً حتى ولو وضعت بعد مضى أكثر من سنة من طلاقها ، أى أنه فى الوقت الذى لا ينسب ابنها إلى مطلقها ترث هى فى تركة هذا الأخير ، رغم ما فى هذا من شذوذ يجب أن ينزه عنه الشارع .

مـــادة ٣١

بينت هذه المادة الصنف الأول من ذوى الأرحام على الوجه الآتى :

، أولاد البنات وإن نزلوا وأولاد بنات الابن كـذلك وإن نزل ، وقـد رأت اللجنة حـذف كلمة ، كذلك ، لعدم الحاجة إليها واستقامة المعنى بدونها .

واللجنة ترجو المجلس الموقر الموافقة على مشروع القانون كما أقرته .

تقرير لجنة العدل
بمجلس الشيوخ
عن مشروع قانون المواريث

قرر المجلس بجلسته المنعقدة فى ١٢ يناير سنة ١٩٤٣ إحالة مشروع قانون المواريث الوارد فى مجلس النواب إلى لجنة العدل ، فنظرته اللجنة بجلستى ١٩ يناير و١٧ مارس سنة ١٩٤٣ بحضور مندوبى وزارة العدل ، وبجلستى ٢٤ و ٢٩ مارس سنة ١٩٤٣ بحضور حضرة صاحب المعالى وزير العدل وحضرة صاحب الفضيلة الشيخ عبد الرحمن حسن نائب المحكمة العليا الشرعية ، وفيما يلى نتيجة بحثها .

إن كثيرا من المسائل الشرعية وقع فيه اختلاف بين الائمة المجتهدين والفقهاء، ونتج عن ذلك الاختلاف الكثير بين آراء القضاة وأحكامهم ، كما أن كثير من الحوادث ـ نظراً لما اقترن بها من تغيير الظروف ، وتطور الحالات الاجتماعية ـ تدعو المصلحة إلى أن يكون الحكم فيها على غير ما جرى عليه التشريع من الاقتصار على القضاء بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة دفعاً للمشقة ورفعا للحرج على المتقاضين . فتلك الاعتبارات ورغبة فى تيسير السبيل لوقوف الجمهور على الأحكام التى تمسهم من قرب ، رؤى أن من الحق والعدل أن يسهل للناس معرفة ما يتصل بهم من الأحكام التى ترتبط بأحوالهم الشخصية .

ولذلك بذلت الحكومة غايتها لتحقيق رغبات الأمة ، فشكلت لجنة من كبار رجال الشرع والقضاء والافتاء ورجال القانون وأساتذة الجامعة وفقهاء المذاهب وكبار المحامين لوضع تشريع للأحوال الشخصية تختار أحكامه من بين المذاهب الإسلامية ، وتراعى فيه عادات الأمة وتقاليدها وما يلائم حالها ويساير رقيها الاجتماعى وتحقيق ما انطوت عليه الشريعة السمحة من يسر وخير .

وقد قامت اللجنة بمهمتها ووضعت تلك الأحكام الواردة بمشروع هذا القانون

وهى جميعها مستقاه من الشريعة الإسلامية ، على أن مالم يرد له نص فى هذا المشروع يجب الرجوع فيه إلى القول الراجح من مذهب أبى حنيفة ، وتلك عناية كبرى حققت بها الحكومة رغبات كثيرة طالماً نادت الأمة بسرعة تحقيقها.

وقد رأت اللجنة إقرار التعديلات التى أقرها مجلس النواب الواردة بمشروع هذا القانون ،وأخذت بوجهة نظره فيها فيما عدا المادة الخامسة ، فقد رأت اللجنة تعديل الصيغة الواردة فى صدر هذه المادة إلى مايأتى :

مــــادة ٥ : من موانع الإرث قتل المورث عمداً ، سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهداً زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه » .

وقد لوحظ فى ذلك الرغبة فى مسايرة أحكام قانون العقوبات ، والبعد عن موطن الإشتباه لما هو معروف من أن بين أنواع القتل شرعاً القتل بالتسبب وهذا النوع غير مانع من الميراث شرعاً ، وهو وإن كان لا يشمله صدر المادة إذ المفروض فيها أن القتل كان عمداً ، إلا أنه دفعاً للبس وبعداً عن مواطن الاشتباه رؤى أن تكون الصيغة كفيلة لدفع كل لبس .

كما رئى زيادة فى الإيضاح النص فى صدر المادة على حكم شهادة الزور المؤدية إلى القتل إذا تم تنفيذه وعدم الاكتفاء بالنص على ذلك فى المذكرة التفسيرية.

وقد صرح حضرة صاحب المعالى وزير العدل تعليقاً على هذا التعديل بمايأتى:

« الإشارة فى عبارة شاهد الزور من أن العبرة بصدور حكم بالإعدام وتنفيذه قصد بها احترام قوة الحكم النهائى الصادر من محكمة الجنايات المختصة ، وهذه الإضافة تدل على قصد الشارع من أن يجعل للأحكام النهائية التى تصدر من المحاكم المصرية المختصة قوة الشئ المحكوم فيه نهائياً » .

وقد وافقت اللجنة على هذا التفسير .

وهناك تعديل جوهرى أضيف إلى الفقرة الرابعة من هذه المادة فقد رأت اللجنة تعميم الحكم الخاص بعدم حرمان الزوج من الإرث اذا قتل زوجته عند مفاجأتها متلبسة بالزنا على قتل الأب والابن والأخ لمحارمهم عند مفاجأتها فى حالة التلبس بالزنا مسايرة لقواعد الشريعة الإسلامية ولأنهم يتعيرون كما يتعير الزوج

ويلتصق العار بهم مدى الحياة ، وهم أقوى شأناً من الزوج الذى يستطيع أن يستقل بقطع صلة الزوجية ، ولأن هذا يتفق مع تقاليد الشرقيين وطباعهم ، ولم يخالف فى ذلك إلا أحد حضرات أعضائها فقد طلب بقاء النص كما هو مسايرة لقانون العقوبات الذى لم تنسخ أحكامه إلى الآن ، فأصبح نص الفقرة الرابعة كما يأتى :

« الفقرة ٤ مفاجأة الزوجة أو الأم أو البنت أو الأخت فى حالة زنا سواء أكان المقتول الزانى أو الزانية .

ويهم اللجنة أن تشير بنوع خاص إلى أن أحكام هذا المشروع مأخوذة من مذهب الإمام أبى حنيفه المعمول به فعلاً أمام المحاكم الشرعية فيما عدا بعض أحكام خاصة أشير إليها فى هذا المشروع من أهمها أن القتل المانع من الإرث هو خصوص القتل عمداً دون القتل خطأ ، وأن القتل العمد قد شمل أنواعا شتى بينت بصدر هذا المشروع فى المادة الخامسة ، كذلك نص على جعل اختلاف الدارين غير مانع من الإرث إلا فى حالة ما إذا كانت شريعة البلد الذى يتبعه الوارث الأجنبى غير المسلم مانعة من إرث الأجنبى .

واستبعد ولاء الموالاة من أسباب الإرث وأخر الوارث بسبب ولاء العتاقة عن جميع الورثة وعن الرد على الزوجين وجعل الجد مشاركاً للأخوة فى الميراث على الصفة المشروحة بالمادة ٢٢ واشرك الأخوة وأجيز الرد على أحد الزوجين مع تأخيره عن ذوى الأرحام ، وأخذ بقول أبى يوسف فى طريقة توريث ذوى الأرحام ، وجعل أقصى مدة الحمل سنة بدلا من سنتين ، وشرط فى ميراث الحمل أن يولد كله حياً لا أغلبه .

وقد تكفلت المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون بيان الأسباب التى أوحت بالتعديل ، وهى أسباب تأخذ بها اللجنة .

وتشير اللجنة إلى أن التعبير بلفظ المثنى الوارد فى المادة الثالثة المراد به ما هو أعم من ذلك .

واذ تتشرف اللجنة برفع تقريرها إلى المجلس ، ترجو الموافقة على مشروع القانون بالصيغة التى وافقت عليها اللجنة المبينة فيما بعد .

المذكرة التفسيرية
لمشروع قانون الوصية

جعلت لجنة الأحوال الشخصية أساس مشروع هذا القانون كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا ، كما تقضى بذلك المادة الثانية من مذكرة وزارة العدل التى صدق عليها مجلس الوزراء فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ وقد تداركت اللجنة النقص الموجود فى كتاب قدرى باشا وعالجت كثيراً من المسائل التى تدعو إليها الحاجة ، ووضعت لها الأحكام المناسبة .

الباب الأول
أحكام عامة

الفصل الأول
تعريف الوصية ، وركنها ، وشرائطها

مادة ١ : تعريف الوصية فى الأصل [1] قاصر ، فعدل عنه إلى التعريف الوارد فى المادة ليشمل جميع مسائل الوصية .

فهو يشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة والموصى له من أهل التملك كالوصية لمعين بالاسم أو بالوصف وهو ممن يحصون أو معيناً بالوصف ممن لا يحصون كالوصية للفقراء ، وما إذا كان الموصى له جهة من جهات البر كالملاجئ والمدارس .

ويشمل ما إذا كان الموصى به اسقاطاً فيه معنى التمليك كالوصية بالابراء من الدين وما إذا كان الموصى به اسقاطاً محضاً كالوصية بابراء الكفيل من الكفالة ، وما إذا كانت الموصى به حقاً من الحقوق التى ليست مالا ولا منفعة ولا اسقاطاً ، ولكنه

---

(١) المقصود بالأصل كتاب الأحكام الشرعية .

مالى لتعلقة بالمال كالوصية بتأجيل الدين الحال ، والوصية بأن يباع ماله من فلان.

والمراد بالتركة كل ما يخلف فيه الوارث المورث مالا كان أو منفعة أو حقاً من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال التى تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث .

مـــادة ٢ : هذه المادة جديدة وضعت لبيان الأحكام المتعلقة بركن الوصية والشرط الأساسى فى صحتها ، وهى تفيد الأحكام الآتية :

١ ـ لا تنعقد وصية الناطق إلا بالعبارة أو الكتابة ولا تنعقد بأشارته ، وهو مذهب الحنفية .

٢ ـ الأخرس ومعتقل اللسان والمريض الذى لايستطيع النطق إذا كان يعرف الكتابة فلا تنعقد وصيته إلا بها ، أما إذا كان لا يعرف الكتابة فإن وصيته تنعقد بأشارته المفهمة ، ولكن لا يشترط فيمن يعرف الكتابة أن يكتب وصيته بخطة بل يكفى أن يكتبها له غيره فيقرأها أو يقرأها له غيره فيوقع عليها أخذاً من مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، فعنده الإيجاب يكون بالقول أو بالفعل الذى يدل على الرضا والتوقيع فعل يدل على الرضا بالمكتوب ، وباقى الأحكام فى هذه الفقرة تؤخذ من أقوال فى مذهب أبى حنيفه ومن اطلاق النص الذى نقله الحنفية عن الشافعية بالتسوية بين الأخرس ومعتقل اللسان ، والمريض الذى لا يقدر على النطق .

٣ ـ يشترط فى الوصية أن يصدر بها إشهاد رسمى أو يحرر بها عقد عرفى يصدق فيه على امضاء الموصى أو ختمة أو يكتبها الموصى بخطه ويوقع عليها بامضائه ، فإذا لم تتم الوصية على هذا الوجه كانت باطلة .

والحكم هنا يؤخذ مما ذكره على بن عبد السلام التسولى المالكى من أن الإشهاد على عقود التبرعات شرط فى صحتها ، ومن القاعدة الشرعية وهى أن لولى الأمر أن يأمر بالمباح لما يراد من المصلحة العامة ، ومتى أمر به وجبت طاعته ، وفى رأى بعض الفقهاء أمره ينشئ حكماً شرعياً فعقد الوصية وهو من عقود التبرعات يجوز أن يكون بإشهاد كتابى ، ويجوز أن يكون بإشهاد شفوى ، وإذا رأى ولى الأمر أن يكون بإشهاد كتابى على الوجه المبين فى المادة وأمر به نشأ بأمره حكم شرعى يجب على

الكافة أن يعملوا به وإلا كانت وصاياهم مردودة .

مـــادة ٣ : مادة جديدة لبيان شرط صحةالوصية :

(أ) فإن كان الموصى مسلماً اشترط لصحة وصيته .

١ ـ ألا تكون بمحرم كالوصية للنياحة التى اعتاد بعض الناس عملها بعد الموت ويؤخذ فى هذا بمذهب الحنفية .

٢ ـ ألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشرع كالوصية للخليلة وعدم صحتها يتفق مع القاعدة الشرعية ، الأمور بمقاصدها ، فالعمل الذى يقصد به أن يكون وسيلة إلى الشر أو مكافأة عليه يكون حراماً وباطلاً .

ولما كان الباعث الذى ينافى مقاصد الشارع يختلف باختلاف المذاهب قصد به هنا أن يكون حراماً أو مكروها كراهة تحريم عند الحنفية .

(ب) وإن كان الموصى غير مسلم اشترط لصحة وصيته أن تكون غير محرمة فى شريعته ، وعند المسلمين ، فإن كانت محرمة فى شريعته جائزة عند المسلمين أو بالعكس أو جائزة فى الشريعتين كانت صحيحة .

وغير المسلم فى المادة شامل للوطنى والأجنبى فى دار الإسلام وللحربى فى دار الحرب والأحكام موافقة لمذهب الإمام أبى حنيفه إلا فى الوصية بما هو قربة عند المسلمين دون شريعة الموصى قد تصح على مذهب الإمام الشافعى .

مـــادة ٤ : مادة جديدة وضعت أيضاً لبيان الأحكام الأخرى المتعلقة بركن الوصية .

فالوصية عقد مضاف إلى وقت الموت ، وهى مع هذا تصح لتضاف إلى وقت قبل الموت وإلى وقت بعده كما تصح معلقة على شرط أو مقترنه بشرط صحيح ، وأحكامها فى كل ذلك وفق مذهب الحنفية .

أما إذا اقترنت بشرط باطل فإنها تصح ويبطل الشرط على مذهب الحنفية وقولى الإمامين شيخ الإسلام أحمد بن تميمة وابن القيم .

والشرط الباطل عند الحنفية ما كان مخالفاً لمقتضى العقد ، كما إذا أوصى لشخص بأرض على أن يجعلها بستانا أو أوصى له بثلث ماله على أنه إذا مات الموصى له وبقى من الوصية شئ كان لفلان لأن الوصية عقد تملك والموصى له إذا ملك الوصية كان ملكه تاماً وهو حر فى طريق استغلالها فشرط استغلالها على وجه معين أو على أن يكون الباقى منها بعد الموت لشخص آخر لا لورثة الموصى له ينافى مقتضى العقد .

والشرط الباطل عند أبى تيمية وابن القيم ما كان مخالفاً لمقتضى العقد أو مقاصد الشارع ، كما إذا أوصى لأمرأة بشرط ألا تتزوج أو أوصى لرجل بشرط أن يقتل خصمة أو يهجر أباه أو يأتى أمراً ينافى الآداب العامة أو غير ذلك مما هو ممنوع شرطاً .

مـادة ٥ : المواد ٥ ، ٦ ، ١٠ وضعت بدلا من المواد ٥٣١ من الأصل لاستيفاء الأحكام الناقصة .

ويشترط فى الموصى أن يكون أهلاً للتبرع بأن يكون عاقلاً بالغاً راضياً ، فلا تصح وصية الصبى والمجنون والمعتوة ومن ذهب عقله بسكر أو غيره ، ولا وصية المكره والمخطئ والهازل لفوات شرط الرضا ، وهذا مذهب الحنفية .

ولما كان يكفى عند الحنفية فى أهلية التبرع أن يكون الموصى بالغاً بالعلامات الطبيعية أو بالغاً بالسن خمس عشرة سنة ، مع أن الوصية تصرف مالى والمصلحة تقضى بأن يكون المتصرف رشيداً طبقا لقانون المجالس الحسبية ، عدل عن مذهب الحنفية فى البلوغ ونص المادة على أن يكون المتصرف بالغاً من العمر احدى وعشرين سنة شمسية أخذاً من مذهبى المالكية والشافعية .

فالبالغ بالعلامات الطبيعية أو بالسن يعتبر سفيها محجوراً عن التصرف حتى يرشد ولو كان له ولى ، وحتى يطلقه القاضى من الحجر إن كان له وصى فى أقوال فى مذهب المالكية ، وهو لا يعد رشيداً ولا يطلقه القاضى من الحجر الا اذا بلغ احدى وعشرين سنة شمسية (مادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية الصادرة فى ٤ أكتوبر سنة ١٩٢٥) .

فهو قبل هذه السن سفيه عند المالكية ، والسفيه لا تصح وصيته فى قول فى مذهب الشافعى وإن كانت صحيحة عند المالكية .

المرتد - وصحة وصية المرتد ونفاذها ولو مات على ردته مذهب الصاحبين وهى كوصايا غير المرتدين ، فتصح للمسلم وغير المسلم من الوطنين والأجانب فى دار الاسلام أو دار الحرب ، كما تصح للمرتدين وفقاً لما يقتضيه مذهب الحنفية وأحمد.

والمراد بالمرتد فى المادة ما يشمل المرتدة .

مـادة ٦ : يشترط فى الموصى له أن يكون معلوماً وأن يكون موجوداً حين الوصية لمن كان معيناً من أهل الاستحقاق ، وهذا مذهب الحنفية .

والمراد بكونه معلوماً ألا يكون مجهولاً لا يمكن رفعها كالوصية لرجل أو لمن لا يحصون كالمسلمين ، إلا إذا ذكر لفظاً ينبئ عن الحاجة كالوصية للفقراء ، فإنها تصح لأنها وصية بالصدقة والصدقة لله تعالى وهو معلوم .

وتعيين الموصى له كما يكون بالاسم يكون بالإشارة وبالوصف المميز له عن غيره ،فلو أوصى لزيد ابن فلان أو لهذا الحمل أو للبكر من أولاد فلان الميت لزم أن يكون الموصى له موجوداً حين الوصية وإلا بطلت وسيأتى فى المادة ٣٦ بيان مدة الحمل التى يعرف منها إن كان الحمل موجوداً حين الوصية أو غير موجود .

ووقف أهلية الاستحقاق شرط فى الموصى له ، بحيث إذا لم يكن من أهل التملك فإن الوصية له لا تصح .

أما إذا كان الموصى له غير معين كالوصية لأولاد فلان ، فلا يشترط وجوده حين الوصية ولا عند موت الموصى وهذا مذهب الإمام مالك ، ولكن يستثنى من هذا الوصية بالمرتبات لغير معين ، فأنها لا تصلح إلا بالنسبة للموجودين حين موت الموصى كما يأتى فى المادة ٧١ .

مـادة ٧ ، ٨ : المادة السابعة مأخوذة من مذهب الحنفية وهى المادة ٥٤١ من الأصل بعد تهذيب عبارتها .

والمادة الثامنة اشتملت على حكم جديد متمم لأحكام المادة السابعة وهو مأخوذ من مذهبي المالكية والحنابلة .

فالوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد كالوصية للملجأ الذى سيبنى فى الحى الفلانى صحيحة فى مذهب المالكية ، وصرف الموصى به لجهة أخرى من جهات البر عند تعذر الصرف على الجهة المسماة مذهب الحنابلة .

مـــادة ٩ : هذه المادة أصلهـــا المادة ٥٤٢ من الأصل مع تعـــديل بعض الأحكام.

والقول بجواز الوصيـة مع اختلاف الدين والملة مذهب الحنفيـة ، وهو يحقق المساواة بين المسلمين وغيرهم فى صحة الوصية من بعضهم لبعض .

وتحقيق المساواة اقتضى عدم صحة الوصية مع اختلاف الدار إذا كان الموصى تابعاً لبلد إسلامى والموصى له أجنبياً يمنع قانونه من الوصية لمثل الموصى أخذاً مما روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف .

والمراد بالبلد الإسلامى ما كان تحت حكم المسلمين أو كان تحت حكم غيرهم وكانت شعائر الاسلام كلها أو غالبها مقامه فيه ، لأن دور الإسلام كلها دار واحدة ليس بين تابعيها اختلاف دار .

مـــادة ١٠ : هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية وأصلها المادة ٥٣١ وإذا نص فى هذا القانون على وصايا لا يتحقق فيها الضابط المذكور فى هذه المادة كان الحكم استثناء مما هنا .

هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية ، وضابط شروط الموصى به أن يكون مما يورث أو يقبل التمليك بعقد من العقود فى حياة الموصى ، فلو أوصى بما تلد أفراسه اقتصرت الوصية على الموجود من الأولاد حين موت الموصى لأن ما تلد أفراسه بعد الموت لا يدخل تحت الإرث ولا يقبل التمليك بعقد فى حياة الموصى ، ولو أوصى بغلة أرضه دخل فى الوصية الغلة التى تكون موجودة حين موت الموصى وبعد موته لأنها تدخل تحت عقد الإيجار وأن كان الحادث بعد الموت لا يورث ، ولكن

إن كان الموصى به مالا اشترط فيه أن يكون متقوماً عند الموصى كالوصية بالخمر تصح عند المسيحى دون المسلم وإن كان معيناً بالذات اشترط فيه أن يكون مملوكاً للموصى حين الوصية .

والمادة تشتمل الوصية بمنفعة العين المستأجرة والوصية بالأجرة بناء على مذهب الإمام الشافعى ، فإن مذهبه يقضى بأن المنفعة والأجرة مما يورث لعدم انفساخ عقد الإيجار بموت أحد المتعاقدين .

مـــادة ١١ : المراد بالحقوق التى تنتقل بالإرث حقوق الارتفاق من الشرب والمجرى والمسيل والتعلى ونحوها ، وجواز الوصية بحق الشرب والمجرى والمسيل يأخذ من مذهب الحنفية ولكن لا تجوز الوصية بهذه الحقوق إلا تبعاً للأرض الموصى بها أو لمالك أرض تنتفع بها ، وجوازها بحق التعلى مذهب الإمام مالك ، وجوازها بالخلو رأى بعض المتأخرين من فقهاء المالكية .

والخلو عندهم يشمل الحكر وهو منفعة مملوكه لصاحبة يجوز له التصرف فيها بالبيع والهبة والوصية وتورث عنه .

مـــادة ١٢ : مادة جديدة .

الحكم بصحة الوصية بدفع مبلغ معين من ماله قرضاً لفلان مذهب الحنفية ، فإن كان ما سماه يزيد على ثلث التركة توقف قرض الزائد على اجازة الورثة فإن أجازوه نفذ وإن لم يجيزوا كان قرضه بقدر الثلث ، وهذا ما تقتضيه قواعد الحنفيه فى تنفيذ الوصية .

مـــادة ١٣ : مادة جديدة وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التى يراها .

فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه فى التركة وأن يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له ، ووصيته بذلك صحيحة نافذة ، (قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة) .

وبناء على ما جاء بالمادة ٣٨ من جواز الوصية للوارث بالثلث بدون توقف

على اجازة الورثة يجوز للمورث أن يزيد فى بعض الأنصباء مايراه بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة ، فإن كان أكثر من الثلث ولم يجز الورثة قسم الثلث بين أصحاب الأنصباء المزيدة بنسبة ما زاده لكل منهم ورد الباقى إلى التركة .

المواد ١٤ ـ ١٧ [١] الأصل فى الوصية أن تبقى صحيحة حتى يظهر الموصى رغبته فى الرجوع فتبطل برجوعه لأنها شرعت لتكون وسيلة إلى القربة بعد الموت وليصل الانسان بها من يحب ، ولكن قد يطرأ عليها أو يقارنها ما يبطلها كزوال أهلية الموصى بما يمنع من استعمال حقه فى الرجوع عنها أو لفوات المحل أو عدم امكان تنفيذها أو غير ذلك .

وفيما يلى المسائل التى تبطل بها المواد ١٤ ، ١٥ ، ١٦ .

١ ــ الموصى

(أ) تبطل الوصية إذا زالت أهلية الموصى بالجنون المطبق واتصل بالموت .

فقد كان يمكنه الرجوع عن الوصية لولا الجنون المطبق المتصل فمراعاة لحقه أبطلت الوصية .

والمراد بالجنون ما يشمل العته وبالمطبق ما يمكث شهراً وكل هذا مذهب الحنفية .

أما إذا لم يطبق الجنون أو لم يتصل بالموت فإن الوصية لا تبطل أخذا من مذهب المالكية ، لأنه يمكنه أن يستعمل حقه وقت الافاقه .

ولكن إذا زالت الأهلية بالحجر عليه للسفة أو الغفلة أو ارتد فإن الوصية لا تبطل أخذاً بقول المالكية فى الحجر وبقول الصاحبين فى الردة (مادة ١٧) .

(ب) الموصى له :

تبطل الوصية إذا مات الموصى له قبل موت الموصى علم الموصى بموته أو لم يعلم وهو مذهب الحنفية .

---

(١) المواد ١٤ ـ ١٧ عند مناقشة مجلس الشيوخ حذفت المادة ١٦ وأصبحت المادة ١٧ مادة رقم ١٦ .

(ج) الموصى به :

تبطل الوصية إذا كانت الموصى به معيناً بالذات وهلك قبل قبول الموصى له بدون تعمد لفوات محل الوصية ، وكذلك تبطل الوصية إذا كان معيناً بالنوع بأن كان جزءاً من نوع معين بالذات فهلك النوع كذلك ، كما إذا أوصى له بفرس من أفراسه العشرة المعلومة أو أوصى له بنصفها فهلكت أما إذا استهلك الموصى به فإن الوصية لا تبطل لتضمين المستهلك ما يحل محل الأصل وهذا مذهب الحنفية ، وفى حكم الهلاك استحقاق بملاحة فزال الملح وطمت الأرض وصلحت للزراعة أو أوصى له بما فى كرمة من العنب فيبس العنب وصار زبيباً ، فإن الوصية لا تبطل أخذاً من مذهب المالكية وما ارتضاه صاحب جواهر الكلام وكذلك لا تبطل إذا خرج الموصى به عند ملك الموصى لمنفعة عامة لحلول البدل محل الأصل أخذاً مما نقله صاحب جواهر الكلام عن العامة .

٢ ـ إذا كان الموصى به مجهولاً كالوصية بالجزء والسهم ولم يعرف قصد الموصى بقرينة أو عرف ، أما إذا عرف قصده فإن الموصى له يستحق القدر الذى أراده الموصى أخذاً من مذهب الإمام ابن حزم .

مـــــادة ١٨ [١] : هذه المادة وضعت بدلا من المادة ٥٢٩ فى الأصل وخالفتها فى كثير من الأحكام لأن المصلحة اقتضت ذلك .

وهى تشمل على ما يأتى من الأحكام .

أولاً : ١ ـ تبطل الوصية للقاتل المباشر عمداً سواء أكان القتل قبل الوصية أم بعدها ولو أجاز الورثة الوصية أو أجازها الموصى بعد القتل وقبل الموت عملاً بقول أبى يوسف .

٢ ـ وتبطل الوصية للمتسبب عمداً فى قتل الموصى عملاً بقول فى مذهب الشافعى .

وتبطل وصية القاتل إذا كانت سنه اثنتى عشرة سنة عملاً بمذهب الحنفية وقول

---

(١) المادة ١٨ أصبحت المادة ١٧ .

فى مذهب الشافعية ، فإن كان بالغاً فى هذه السن بطلت فى المذهبين ، وإن كان غير بالغ بطلت فى مذهب الشافعى .

٤ ـ وتصح الوصية للقاتل خطأ عملاً بمذهب الإمام مالك .

ثانياً : ١ ـ يدخل فى القتل العمد المباشر من أجهز على شخص بعد أن أنفذ آخر مقتلاً من مقاتله فإنهما يمنعان من الوصية أخذاً بقولين فى مذهب الحنفية والمالكية ، قول بأن القاتل هو الأول وقول بأن القاتل هو الثانى .

٢ ـ ويدخل فى القتل للتسبب الآمر والدال والمحرض والمشارك والربيئة (وهو من يراقب المكان أثناء مباشرة القتل) وواضع السم وشاهد الزور والذى بنى على شهادته الحكم بالإعدام عملاً بمذهب الإمام أحمد .

ويشترط فى القتل العمد مباشرة أو بالتسبب ألا تكون سن القاتل أقل من اثنتى عشرة سنة وألا يوجد سبب من أسباب الاباحة أو موانع العقاب المبينة فى الباب التاسع من الكتاب الأول من قانون العقوبات ، وأن يكون القتل فى حال الدفاع الشرعى ولو تجاوز القاتل حد الدفاع وفى حال مفاجأة الزوجه الزانية ، وهذه المسائل هى التى ذكرتها المادة الخامسة من قانون المواريث وأحالت عليها الفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون الوصية .

ويجمع هذه المسائل عدا مسألة السن ألا يكون القتل بحق أو بعذر وهو مذهب أبى يوسف وأن يكون القاتل عاقلاً وهو محل اتفاق ، ويترتب على ذلك مايأتى :

أولاً : اشتراط كون القاتل عاقلاً يخرج الأحوال الآتية :

١ ـ الجنون والعاهة العقلية (مادة ٦٢) من قانون العقوبات .

٢ ـ ارتكاب القاتل القتل وهو فى غيبوبه ناشئة عن عقاقير أيا كان نوعها إذا أخذها قهراً عنه وهو غير عالم بها ـ المادة المذكورة .

ثانياً : اشتراط كون القتل بحق يخرج الأحوال الآتية :

١ ـ القتل قصاصاً أو حداً .

٢ـ القتل فى حالة الدفاع الشرعى عن النفس أو المال بما هو منصوص عليه فى (المواد ٢٤٥ و ٢٤٩ و ٢٥٠) عقوبات .

ثالثاً : العذر يشمل الأمور الآتية :

١ ـ قتل الزوج زوجته والزانى بها عند مفاجأتها حال الزنا (مادة ٢٣٧، عقوبات) .

٢ ـ تجاوز حدود الدفاع الشرعى (مادة ٢٥١ ، عقوبات) .

٣ ـ إذا كان القاتل مكرها بملجئ عملاً بقول الإمام أبى حنيفة (مادة ٦١، عقوبات) .

(تنبيه) المراد بالوصية فى الأحكام المتقدمة ما يشمل الوصية الاختيارية والواجبة .

الفصل الثانى

الرجوع عن الوصية

مادة ١٩ و ٢٠[1] : أتفق الفقهاء على أن الوصية عقد غير لازم ، وأنه يجوز للموصى الرجوع عنها كلها أو بعضها مادام حياً .

واتفقوا على أن الرجوع عن الوصية يكون بالقول الصريح وبالفعل وبكل تصرف يدل على الرجوع أو ينبئ عنه .

ومع الاتفاق على هذا الاساس اختلفوا فى كثير من الأفعال والتصرفات لاختلاف أنظارهم فى دلالتها عليه اعتماداً على العرف أو القرائن الأخرى .

لهذا يشترط فى الرجوع أن يكون بالكتابة حتى لا يحصل خلاف فى تصرفات الموصى وأفعاله ، هل قصد بها الرجوع عن وصيته أو لا وليكون التشريع متجانساً فى عقد الوصية والرجوع عنها فنص فى المادة ١٩ على أن الرجوع يجب أن يكون بالكتابة ، ولما كان التصرف الذى يزيل ملك الموصى عن الوصية بغى عوض لا يحتمل خلافاً فى أنه رجوع عن الوصية ، ولكن الخلاف إنما يكون فى أصل التصرف اشترط أن يكون التصرف بكالكتابة على الوجه المبين فى المادة الثانية .

---

(١) مادتا ١٩، ٢٠ أصبحتا مادتا ١٨، ١٩ .

والمادة ١٩ : تشمل التصرف الذى يزيل الموصى به عن ملك الموصى بغير عوض كالهبة والوقف أو بعوض غير مالى كان يجعله بدلا فى الخلع .

أما المادة ٢٠ فقد وضعت بدلا من المواد ٥٤٤ و ٥٤٥ و ٥٤٦ من الأصل والمسائل الواردة فيها عدا جحد الوصية تعدر رجوعاً فى مذهب الحنفية ، مع أن قصد الرجوع فيها غير بين لهذا عدل عن مذهبهم إلى غيرهم .

فاخراج الموصى به عن الملك بعوض لا يعد رجوعاً عن الوصية عند بعض العامة كما فى جواهر الكلام .

وباقى المسائل لا تعد رجوعاً أخذاً من قول أشهب وابن القاسم وأصبغ من فقهاء المالكية .

والغرض مما جاء فى المادة أن هذه الأفعال لا تعد فى ذاتها رجوعاً عن الوصية وأنها لا تكون رجوعاً إلا بالطريقة المبينة فى الفقرة الثانية من المادة السابقة.

الفصل الثالث

قبول الوصايا وردها

المواد من ٢١ إلى ٢٦[١] : هذه المواد وضعت بدلا من المادة ٥٤٣ من الأصل، قد استوفيت فيها الأحكام من مذهب الحنفية وغيرهم .

وقبول الوصية صراحة أو دلالة بعد موت الموصى شرط فى لزومها وثبوت ملك الموصى به عند الحنفية ، والمراد بالقبول دلالة الاتيان بما يدل على الرضا وهو مذهب الحنابلة ومقتضى كلام الحنفية فى الهبة .

(أ) ويقبل عن الجنين والصغير والمحجور عليه من له الولاية على مالهم أخذاً من مذهب الشافعية فى الجنين ، ومذهبهم ومذهب المالكية فى المحجور عليه ، ومثل القبول فى ذلك الرد .

ويقبل عن جهات البر كالمؤسسات العلمية والدينية والملاجئ والمستشفيات ونحوها من يمثلها شرعاً أو قانوناً ، فإن قبل الوصية لزمت وثبت الملك ، وإن ردها بطلت ، ولا يعتبر القبول من الموصى لهم كطلبة المدرسة والموجودين بالملجأ أو المستشفى أخذاً من مذهب الشافعية والامامية وقواعد الشريعة العامة .

---

(١) المواد من ٢١ إلى ٢٦ أصبحت المواد من ٢٠ إلى ٢٥ .

٣ ـ إذا لم يكن لجهات البر من يمثلها كالفقراء والحج ونحوهما فإن الوصية تلزم بلا قبول ولا خلاف فى ذلك بين المذاهب (مادة ٢١) .

٤ ـ يقوم الوارث مقام الموصى له إذا مات قبل القبول أو الرد وهو مذهب الشافعية (مادة ٢٢) .

(ب) ١ ـ يصح القبول قبل الموت ويصح متراخياً ، وهو مذهب الحنفية .

٢ ـ إذا طلب الوارث أو من له تنفيذ الوصية من الموصى له القبول أو الرد بإعلان كتابى ومضى على علمه بهذا الطلب ثلاثون يوماً كاملاً ولم يقبل أو يرد ولم يكن له عذر مقبول اعتبر راداً وبطلت وصيته أخذاً من مذهب الشافعية والحنابلة .

والمراد بمن له تنفيذ الوصية وصى التركة وولى الورثة أو بعضهم والوصى عليهم أو على بعضهم سواء أكان وصى الميت أم وصى القاضى (مادة ٢٣) .

٣ ـ مطابقة القبول للإيجاب ليست شرطاً فى لزوم الوصية ، فقبول الموصى له بعض الوصية ورد البعض وقبول بعض الموصى لهم فى عقد واحد ورد الباقين معتبر وتلزم الوصية فيما قبل وتبطل فيما رد وهو مذهب الحنفية (مادة ٢٤) .

(جـ) رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها قبل الموت باطل .

وإذا كان الموصى له معيناً بالذات أو بالوصف ورد الوصية كلها أو بعضها بعد موت الموصى وقبل القبول فيما رد ولا يملك أن يعود إلى قبول ما رده بل يكون تركة للموصى ، وإذا كان رده بعد الموت والقبول وقبل منه الورثة كلهم أو بعضهم فسخت الوصية فيما رد وكان تركة ، وإذا لم يقبل منه أحد بطل رده وهذا مذهب الحنفية .

وإذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم فرد بعضهم الوصية له بعد موت الموصى فطبقاً لأحكام المادة ٣٢ تبطل الوصية فى حقه وتكون كلها للباقين من الموصى لهم (مادة ٢٥) .

(د) ١ ـ بالقبول يملك الموصى له الوصية من حين الموت إذا كان الموصى له موجوداً وقته وكانت الوصية مضافة إلى الموت نفسه غير متأخرة عنه ، وهو مذهب الحنفية وإن كان غير موجود حين الموت وإن كانت الوصية مضافة إلى وقت بعده فإن الملك يثبت بالقبول من حين وجود الموصى له فى الحالة الأولى ومن حين الوقت المضاف إليه فى الحالة الثانية أخذاً من مذهب المالكية .

٢ ـ زوائد الموصى به الحادثة بعد الموت أو بعد وجود الموصى له أو بعد الوقت الذى أضيفت له الوصية وقبل القبول والحادثة بعد القبول وقبل القسمة تكون ملكاً للموصى له متى قبل ، فلا تدخل فى حساب خروج الوصية من الثلث لأنها نماء ملكه أخذ من مذهب الشافعية (مادة ٢٦) .

٣ ـ ونفقة الوصية وزوائدها فى هذه المدة تكون على الموصى له لأنها نفقة ملكه .

المواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ [١] اشتملت هذه المواد على أحكام جديدة مأخوذة من مذهب الإمام مالك بقصد التوسعة على الناس ، لأنه لا يشترط فى مذهبة وجود الموصى له وقت الوصية ولا وقت موت الموصى خلافاً لمذهب الحنفية فإنه يشترط فيه ذلك .

١ ـ والمراد بالمعدوم من لم يوجد لا من كان موجوداً ثم انعدم وبالموجود ما يعم الموجود بالذات وبالوصف .

٢ ـ فإن كانت الوصية لمن يمكن حصرهم سواء ذكرهم الموصى بلفظ يدل على أنهم لم يوجدوا كالوصية لمن سيوجد لفلان أو لمن يكون فقيراً منهم ولم يكن منهم فقير حين الوصية أم ذكرهم بلفظ يشمل الموجود منهم ومن لم يوجد كالوصية لأولاد زيد أو لطلبة العلم منهم فالغلة قبل وجود أحد تكون ملكاً لورثة الموصى ، وعند اليأس من وجود أحد يكون الأصل والغلة لهم إلا إذا كان الموصى فى الوصية بالغلة قد جعلها لموصى له آخر فتكون له .

٣ ـ وإن كان أحد منهم موجوداً حين موت الموصى أو وجد بعد ذلك استحق الغلة إلى أن يوجد غيره فيشاركه فيها ، وهكذا كلما وجد أحد اشترك مع من يكون موجوداً وقت الغلة .

٤ ـ وعند اليأس من تزايد أحد ففى الوصية بالأعيان تقسم العين الموصى بها بين الموصى لهم الأحياء منهم والأموات ويقسم نصيب من مات بين ورثته قسمة الميراث، وفى الوصية بالمنافع يستبد الموجودون بالغلة إلى أن ينقرضوا ، فتكون العين والغلة لورثة الموصى إن لم يكن موصى بها لآخر فتكون له .

٥ ـ إذا انقرض الموصى لهم قبل اليأس من وجود غيرهم تكون الغلة لورثة الموصى حتى يوجد أحد فيستحق الغلة .

٦ ـ إذا لم يوجد إلا واحد عند وجود الغلة أو عند اليأس من تزايد أحد استحق كل الغلة فى الوصية بالمنفعة واستحق العين الموصى بها فى الوصية بالأعيان ـ وهذا إذا لم يوجد نص أو قرينة تدل على أن الموصى قصد بوصيته متعدداً ففى هذه الحالة يأخذ الموصى له حصته من الوصية .

مـــادة ٣٠ [1] : الوصية للطبقات :

١ ـ فى الوصية بالمنفعة للطبقات لا يشترط الترتيب بينها ، فلا فرق بين الوصية لأولاد فلان وأولاد أولاده وبين الوصية لأولاده ، ثم من بعدهم لأولاد أولاده فى أن كلا منهما وصية لطبقتين .

٢ ـ والاختلاف إنما هو فى طريقة الاستحقاق ، ففى المثال الأول كل من وجد من الأولاد وأولاد الأولاد اشترك فى الوصية ، وفى المثال الثانى لا يستحق أولاد الأولاد مادام أحد من الأولاد موجوداً .

وفى كلتا الحالتين تتبع الأحكام الواردة فى المادتين السابقتين .

٣ ـ بعد انقراض الموصى لهم فى الطبقتين واليأس من وجود أحد تكون العين الموصى بمنفعتها لورثة الموصى أو لمن أوصى له بها .

٤ ـ إذا كانت الوصية بالمنفعة لأكثر من طبقتين بطلت فيما زاد عليهما أخذاً من مذهب أبن أبى ليلى الذى لا يجيز الوصية بالمنافع .

أما صحة الوصية للطبقتين فمبنى على مذهب الإمام مالك .

مـــادة ٣١ [1] : هذه المادة جديدة مأخوذة من مذهب الإمام مالك ومن القاعدة الشرعية وهى أن لولى الأمر أن يأمر بمباح فمذهب الإمام مالك يجيز الوصية لمن لا يحصون (كالوصية لأهل القاهرة) وينص على أنه ينبغى إيثار المحتاجين منهم ، وأنه لا يلزم التعميم ولا المساواة بل يترك الأمر فى ذلك لاجتهاد الوصية أو المحاكم . والقاعدة الشرعية تقضى بأن لولى الأمر أن يعين الجهة التى يجب الصرف إليها وهم المحتاجون فتختص بهم دون غيرهم .

---

(١) المادة ٣٠ أصبحت المادة ٢٩ .

(٢) المادة ٣١ أصبحت المادة ٣٠ .

مــــادة ٣٢ و ٣٤ [1] : هاتان المادتان تكمل إحداهما الأخرى ، وأولاهما جديدة والثانية أصلها المادة ٥٥٠ وعدل فيهما عن مذهب الحنفية إلى غيره لأنه أصلح للعمل .

١ ـ فإذا كانت الوصية لمحصورين معينين بالاسم أو بما يدل على التعيين الشخصى ولم يصح الإيجاب بالنسبة لبعضهم بأن كل غير أهل للملك كما إذا أوصى لمحمد وعلى فكان أحدها ميتاً أو صح الإيجاب لهم جميعاً ثم مات بعضهم قبل موت الموصى أو رد الوصية بعد موته فإن الباقى منهم لا يأخذ إلا حصته فى الوصية وحصة من خرج من الوصية تكون لورثة الموصى أخذاً من مذهب الشافعى.

٢ ـ وإن كانت لمحصورين غير معينين بأن كان اللفظ يصدق عليهم جميعاً ـ قلوا أو كثروا ـ فكان بعضهم غير أهل للوصية من حين صدورها كانت الوصية للباقين لأن اللفظ يشملهم وإن صح الإيجاب لهم ثم خرج بعضهم من الوصية كموته قبل موت الموصى أو رده الوصية بعد موته فإن الوصية تكون للباقين منهم أخذاً من مذهب الإمام مالك ، فلو أوصى لولد عبد الله الفقراء فكان منهم وقت الوصية أغنياء كانت الوصية للفقراء لعدم صحة الإيجاب فى الأغنياء ولو مات بعض من صح الإيجاب فيهم قبل موت الموصى أو رد الوصية بعد موته خرج من الوصية أيضاً وكانت لمن بقى بعد ذلك ولو واحداً لأنه ولد عبدالله .

وفى الوصية للمحصورين غير المعينين يجب مراعاة ما نص عليه فى المواد ٢٧و٢٨ و ٢٩ و ٣٠ .

مــــادة ٣٣ [2] : هذه المادة جديدة وضعت لبيان نصيب الموصى به لكل معين أو جماعة محصورة أو غير محصورة أو جهة ، والحكم فى هذا وفق مذهب الحنفية .

---

(١) المادتان ٣٢ و ٣٤ أصبحت المادتان ٣١ و ٣٣ .

(٢) المادة ٣٣ أصبحت المادة ٣٢ .

١ – فلو أوصى لمعين مع قوم محصورين كالوصية لعبد الله واولاد بكر كانت الوصية على عدد الرءوس .

٢ – ولو أوصى لمعين وقوم غير محصورين أو جهة من جهات البر كانت للمعين سهم ولغير المحصورين سهم ولجهة البر سهم وإن كان المعين متعدداً كان لكل واحد سهم ، فلو أوصى لزيد وعمروا وعبدالله وفقراء مد ينة الاسكندرية وملجأ العجزة كانت الوصية أخماساً لكل واحد من المعينين سهم وللفقراء سهم وللملجأ سهم .

٣ – ولو أوصى لجهة من جهات البر وقوم غير محصورين كان للجهة نصف الوصية والنصف الثانى لغير المحصورين .

٤ – ولو كان الموجود حين موت الموصى بعض من يحصون ويحتمل وجود غيره اتبع فى ذلك مانص عليه فى المواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ كما إذا أوصى لزيد وولد عبدالله ومستشفى فكان الموجود عند وفاة الموصى زيدا وثلاثة من أولاد عبدالله فإن الغلة تقسم على خمسة لزيد سهم ولكل واحد من أولاد عبدالله سهم وللمستشفى سهم ، وكل من يوجد بعد ذلك من ولد عبدالله يشترك مع من يكون موجوداً وسبق أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب الملكية .

مـــادة ٣٥ [1] : هذه المادة جديدة والقول بعود نصيب من بطلت وصيته إلى ورثة الموصى يؤخذ من مذهب الشافعى والقول بالمحاصة مأخوذ من مذهب الإمام مالك .

فإذا أوصى لأخيه بربع تركته ولأولاد ابنه بالثمن وهم ثلاثة وللفقراء بثمن آخر ولم يجز الورثة الوصية بما زاد على الثلث ورد الأخ الوصية أو مات قبل موت الموصى كان الثلث بين الوصايا بالمحاصة وحل ورثة الموصى محل الأخ فى وصيته وحاصوا بها أرباب الوصايا الأخرى وردوا من الثلث نصفه وهو قدر حصتهم فيه .

ولكن لو جمع كل هؤلاء وأوصى لهم بالنصف ولم تجز الورثة الزائد رد الورثة من الثلث خمسة وهو حصة الأخ .

---

(١) المادة ٣٥ أصبحت المادة ٣٤ .

مــادة ٣٦ [1] : مذهب الحنفية الذى جرى عليه العمل أنه يكتفى فى حياة الحمل الموصى له أن يولد أكثره حياً ، وقد رؤى من المصلحة العدول عن مذهب الحنفية إلى مذهب الشافعى الذى يشترط فى الحياة أن يولد الحمل وبه حياة مستقرة .

والحياة المستقرة تثبت بوجود الأعراض الظاهرة للحياة كالبكاء والصراخ والشهيق فإن لم توجد هذه الأعراض رجع إلى رأى الأطباء الشرعيين للتحقق من أن الجنين ولد حياً حياة يقينية .

(أ) ويشترط لصحة الوصية للحمل أن يكون موجوداً حين الوصية وهو يعتبر موجوداً حين الوصية إذا تحقق فيه مايأتى :

١ ـ إن أقر الموصى بالحمل وقت الوصية سواء أكانت الحامل زوجاً أم خالية من الأزواج وعدتهم أم معتدة اشترط أن يولد الحمل لسنة شمسية فأقل من وقت الوصية .

فإن لم يوجد إقرار من الوصى :

٢ ـ اشترط أن يولد حياً لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية إن كانت الحامل زوجاً أو خالية من الأزواج وعدتهم .

٣ ـ واشترط أن يولد لسنة شمسية فأقل من وقت الوصية إن كانت الحامل معتدة لوفاة أو فرقة بائنة .

(ب) واشترط أن يولد لسنة شمسية فأقل من وقت الوصية أن كانت الحامل معتدة لوفاة أو فرقة بائنة .

(جـ) وإذا مات الموصى قبل انفصال الحمل أوقفت غله الموصى به إن كانت له غلة حتى ينفصل الحمل حياً فتكون له وإلا كانت لورثة الموصى وهذه الأحكام تؤخذ من فقة الحنفية والشافعية والحنابلة ورأى محمد بن الحكم :

---

(١) المادة ٣٦ أصبحت المادة ٣٥ .

١ ـ مذهب الحنفية ـ إذا أقر الموصى بالحمل حين الوصية وكانت الحامل زوجه أو معتدة فلا تصح الوصية إلا إذا وضعت حملها حياً لأقل من سنتين من وقت الوصية، وإن كانت معتدة ولم يحصل اقرار بالحمل أشترط لحصة الوصية أن تأتى به لأقل من سنتين من وقت الموت أو الفرقة البائنة ، وعند الحنابلة تصح الوصية إذا أتت به لأقل من أربع سنين من وقت الوصية إن كانت غير زوجه ولا معتده أقر الموصى بالحمل وقت الوصية أم لم يقر .

والمصلحة ظاهرة فى العمل بغير هذين المذهبين فى أقصى مدة الحمل لهذا أخذ برأى محمد بن الحكم من فقهاء المالكية الذى نقله عن ابن رشد فى كتابة بداية المجتهد وهو أن أقصى مدة الحمل سنة وقد أخذ بهذا المبدأ فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للأسباب التى بينت بمذكرته الإيضاحية ، وأختيرت السنة وهى ٣٦٥ يوماً بدلا من السنة الهلالية التى قال بها محمد بن عبد الحكم للاحتياط فى الحمل ، وهذا الاحتياط يتفق مع مذهب الحنفية فى الزوجه والمعتدة ومع مذهب الحنابلة فى غيرهما ، فان كانت الولادة لسنة شمسية صحت لأنها أقل من أقصى مدة الحمل فى المذهبين حسب الأحوال ، ولا تصح إن ولدته لأكثر من سنة شمسية أخذاً من قول محمد ابن عبد الحكم .

٢ ـ عدل عن مذهب الحنفية الذى يشترط لصحة الوصية للحمل الذى لم يقر به أن يولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية إذا كانت الحامل زوجاً إلى مذهب الحنابلة وهو أن تلده لسبعين ومائتى يوم فأقل ولو لم تكن متزوجة مراعاة لمصلحة الطفل .

٣ ـ وإذا كانت الوصية لحمل من معين فلا تصح الوصية له إلا إذا ثبت نسبه شرعاً من ذلك المعين وهو مذهب الشافعى .

٤ ـ واستحقاق الحمل الغلة من وقت وفاة الموصى مذهب الحنفية .

مـــادة ٣٧ [1] : هذه المادة وفق مذهب الحنفية وقد وضعت هى والمادة ٣٦ بدلا من المادة ٥٤٠ من الأصل لأنهما أظهر وأشمل للأحكام .

١ ـ فإذا أتت الحامل بولدين حيين أو أكثر فى وقت واحد أو فى وقتين بينهما أقل من سته أشهر كانت الوصية بينهم بالتساوى إلا إذا نص الموصى على أن تكون القسمة بينهم على وجه آخر كأن يشترط فى الاستحقاق كون الحمل ذكراً أو أنثى أو يفاضل بين الذكر والأنثى فيعمل بشرطه .

٢ ـ إذا مات أحد الأولاد بعد انفصاله حياً فإن كانت الوصية بالأعيان كانت حصته لورثته لأنه ملكها ملكاً تاماً وإن كانت الوصية بالمنافع كانت حصته لورثة الموصى .

٣ ـ وإن انفصل أحد الأولاد ميتاً كانت الوصية كلها للباقى منها .

الفصل الثانى

الموصى بــه

مـــادة ٣٨ [2] : هذه المادة وضعت بدلا من المواد ٥٣٦ و ٥٣٧ و ٥٣٤ .

(أ) الوصية للوارث :

صحة الوصية للوارث بما لا يزيد على الثلث مذهب جمهور الفقهاء ونفاذها يؤخذ من الآية الكريمة « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين .

وهو رأى فريق من المفسرين ومنهم أبو مسلم الاصفهانى كما قال به فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة ، واختير القول بجواز الوصية للوارث لحاجة الناس إليها.

---

(١) المادة ٣٧ أصبحت المادة ٣٦ .

(٢) المادة ٣٨ أصبحت المادة ٣٧ .

(ب) الوصية بما زاد على الثلث :

الوصية بما زاد على الثلث صحيحة ولكن نفاذها يتوقف على إجازة الورثة بعد وفاة الموصى وهو مذهب جمهور الفقهاء .

ويشترط في المجيز أن يكون من أهل التبرع عالماً بما يجيزه وهو مذهب الحنفية .

مادتنا ٣٩ و ٤٠ [1] : هاتان المادتان والفقرة الأخيرة من المادة ٣٨ وضعت بدلا من المادتين ٥٣٤ و ٥٣٥ لاستيفاء أحكام وصية المدين وكلها من مذهب الحنفية .

١ ـ فالموصى إن لم يكن مدينا ولم يكن له وارث كان حراً في الوصية لما يشاء من مالة كله أو بعضه .

٢ ـ وإن كان مديناً بدين غير مستغرق صحت وصيته ولكنها لا تنفذ إلا في ثلث الباقي بعد وفاء الدين .

وإن كان الموصى به معيناً أو شائعاً في معين مرهوناً أوغير مرهون واستوفى الدين كله أو بعضه منه ، كان للموصى له الرجوع بقدر الدين الذى استوفى في ثلث ما بقى من التركة بعد وفاء الدين .

٣ ـ وإن كان مدينا بدين مستغرق للتركة صحت الوصية ولاتنفذ إلا إذا برئت ذمةالموصى من الدين كله .

وبراءة الذمة يكون بابراء الدائن مدينه من الدين أو بأن يؤديه شخص للدائن متبرعاً به وقت الأداء أو بغير ذلك من الأسباب .

وإن برئت ذمة الميت من بعض الدين صار مديناً بدين غير مستغرق وحكمه هو ماسبق ذكره .

---

(١) مادتا ٣٩ ، ٤٠ أصبحت مادتا ٣٨ و ٣٩ .

المواد ٤١ و ٤٢ و ٤٣ [١] الوصية بمثل نصيب الوارث .

١ ـ إذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة وبين الموصى الوارث بأن يوصى (حسب تعبير الفقهاء وما درج عليه الناس فى وصاياهم) بنصيب ابنه أو بمثل نصيب أبنه أو بمثل نصيب ابنه أو بنصيب ابن له لو كان أو بمثل سهمه على سهام فريضه التركة ويكون نصيبه للموصى له والباقى للورثة يقسم بينهم حسب فرائضهم.

وإذا كان من أوصى بنصيبه أو بمثل نصيبه لو فرض موجوداً يحجب غيره من الورثة حجب حرمان أو حجب نقصان فإن الفريضة تصح بالنسبة لغير المحجوب ثم يزاد عليه سهم الموصى له كما لو ترك الميت أخا وبنتاً وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان ،اعتبرت التركة سهماً واحداً البنت يزاد عليها سهمان للابن الموصى بنصيبه فيكون له ثلثاً التركة إن أجز الأخ والبنت وإلا كان له الثلث والباقى بعد الوصية يقسم بين الاخ والبنت قسمة ميراث ـ مادة٤١ .

٢ ـ وإذا كانت الوصية بنصيب أحد ورثته أو بمثل نصيبه ولم يبين أى وارث هو بأن قال أوصيت لفلان بنصيب أحد ورثته أو بمثل نصيبه فان كان ورثته متساوين فى الميراث كالأولاد كان للموصى له مثل نصيب أحدهم زائداً على الفريضة وجعل كواحد منهم زاد فيهم ،وإن كان ورثته متفاوتين فى الميراث كان له مثل أقلهم نصيباً زائداً على الفريضة .

فإذا كان ورثته زوجه وابنتين وبنتاً وأوصى بنصيب أحد ورثته أو بمثل نصيبه كان للموصى له تسع التركة لأن فريضة التركة بما فيه وأقل سهام الورثة نصيب الزوجة وهو الثمن سهم واحد يزاد على الفريضة فيكون له سهم من تسعة سهام (مادة٤٢) .

٣ ـ وإذا كان مع الوصية بما ذكر فى المادتين ٤١ و ٤٢ وصية سهم شائع فى التركة ، كما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه لشخص وربع التركة لشخص آخر قدرت الوصية بالنصيب بما تساوية من سهام التركة كأنه لا وصية غيرها ويقسم الثلث بين الوصيتين بالمحاصة إن لم يسعهما ولم يجز الورثة ، ففى المثال السابق إذا ترك الموصى ولدين كانت الفريضة من اثنيت يزاد عليها سهم الموصى له فيكون له الثلث

(١) المواد ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ أصبحت المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ .

والوصيتان ثلث وربع أكثر من ثلث التركة ، فإذا لم يجز الولدان الزائد على الثلث كان الثلث بين الموصى لهما أربعة سهام لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع .

وإذا كان بدل الوصية بالسهم الشائع وصية بعين من أعيان التركة أو بدراهم مرسلة قدرت العين أو الدراهم بما تساويه من سهام التركة وقدرت الوصية بالنصيب كذلك وقسم الثلث بين الوصيتين على الوجه السابق (مادة ٤٣) .

والأحكام فى المادة٤١ مأخوذة من مذهب الحنفية إلا فى الوصية بمثل نصيب ابن لو كان ولم يكن له ولداً فالحكم من مذهب مالك ، وفى المادة ٤٢ مأخوذة من مذهب الإمام أحمد ابن حنبل ، ومنقولة عن الإمام أبى حنيفه ، وفى المادة ٤٣ مأخوذة من مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، والقول بتقدير الوصية بعين من التركة أو بالدراهم المرسلة تساوية من سهام التركة محل اتفاق بين المذاهب .

والمواد الثلاث جديدة وضعت لبيان هذه الأحكام التى لم يتعرض لها الأصل .

المواد ٤٤ و ٤٥ و ٤٦ و ٤٧ (١) : لم تستوف المادة ٥٥٢ من الأصل أحكام الوصية إذا كان فى التركة دين أو مال غائب ، ولما كانت الحاجة ماسة إلى استيفاء الأحكام على وجه شامل وضعت المواد ٤٤ و٤٥ و٤٦ و٤٧ لبيان هذه الأحكام، والمراد :

١ ـ بالنقود المرسلة النقود التى لم تعين بالذات ولم تكن من فرع معين من ماله كالوصية بألف جنيه من ماله .

٢ ـ وبالدين هو مالم يستوف إلى وقت القسمة أما ما استوفى به الموت وقبل القسمة فهو مال حاضر .

٣ ـ وبالعين ما يشمل النقود المعينة كالوصية بوديعة بعينها وعروض التجارة كالوصية بما فى حانوته الفلانى وكل معين آخر عقارا كان مملوكاً أو منقولاً أو حيواناً.

٤ ـ وبالمال الغائب ما كان خارجاً عن تصرف الموصى والورثة أو كان مخوفاً عليه كالمال المغصوب أو المودع فى مصرف فى بلد معاد لبلد الموصى .

---

(١) المواد ٤٤ و٤٥ و٤٦ و٤٧ أصبحت المواد ٤٣ و ٤٤ و ٤٥ و ٤٦ .

(أ) فإذا كان فى التركة دين على أجنبى أو مال غائب :

١ ـ فإن كانت الوصية بنقود مرسلة وكانت تخرج من ثلث الحاضر من التركة استحق الموصى له كل وصيته نقدا إن كان فى الحاضر نقود تفى بها وإلا بيع منه بقدر ما يفى بها ، وإن كانت لا تخرج من ثلث الحاضر استحق منها نقدا بقدر ثلث الحاضر وكلما حضر شئ من الدين أو المال الغائب أخذ منذ ثلثه نقداً حتى يستوفى منه وصيته وفى جميع الأحوال يجوز للموصى له أن يأخذ من أعيان التركة ما تساوى قيمته الوصية بالاتفاق مع الورثة .

٢ ـ وإن كانت الوصية بمعين وكان يخرج من ثلث الحاضر من التركة الموصى له كله وإن كان لا يخرج من ثلث الحاضر استحق منه بقدر ثلث الحاضر والباقى للورثة وكلما حضر شئ من الدين أو المال الغائب استحق منه ثلثه حتى يستوفى وصيته (مادة ٤٤) .

والأحكام فى هذه المادة من مذهب الحنفية إلا فى حالة الموصى به العين فإن الحكم فيه يؤخذ مما ذكره الباجى فى مذهب المالكية .

٣ ـ وإن كانت الوصية بسهم شائع فى التركة كالوصية بربع ماله استحق الموصى له سهمه فيها سواء أكانت كلها حاضرة أم غائبة أم بعضها حاضر أم بعضها غائب فهو شريك الورثة بسهمه فى الحاضر والغائب أخذاً من مذهب الحنفية (مادة٤٥) .

٤ ـ وإن كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من المال كالوصية بربع أطيانه أو منازله التى بالجهة الفلانية أو بربع أمواله فى التجارة أو ديونه التى على التجار أو غير ذلك ، فإذا كان هذا النوع كله حاضراً أخذ الموصى له سهمه فيه وان كان غائباً أو ديناً أخذ سهمه مما يحضر منه وأن كان بعضه حاضراً وبعضه غائباً أو ديناً أخذ سهمه فى الحاضر وكلما حضر شئ من الغائب أو الدين أخذ سهمه فيه ، ولكنه فى جميع هذه الصور لا يستحق شيئا مما ذكر إلا إذا كان يخرج من ثلث الحاضر من التركة وإلا أخذ بقدر الثلث فقط وكلما حضر شئ منها أخذ بقدر ثلثه من النوع الموصى له فيه بقدر ثلث ما يحضر من التركة حتى يستوفى سهمه منه (أخذاً من مذهب الحنابلة) .

وإذا كان الباقى من النوع قد قسم على الورثة وكان فى رد بعضه للموصى له ضرر لهم بأن كانوا قد تصرفوا فيه أو أحدثوا فيه تحسيناً أو زيادة فإنه لا يرد منه شئ ويستوفى الموصى له باقى وصيته مما يحضر من دين التركة أو الغائب منها أخذاً من مذهب الحنفية والقاعدة التى ذكروها الضرر يزال (مادة ٤٦) .

(ب) وإذا كان فى التركة دين على وارث :

١ ـ فإن كان مؤجلاً كان حكمه حكم الدين الذى على الأجنبى فى جميع الأحوال المارة .

٢ ـ وإن كان حالا وكان من جنس الحاضر من التركة أو بعضها ففى جميع الأحوال الماره أيضاً تقع المقاصة فى الدين بقدر سهام المدين ويعتبر ما يقابل سهامه من الدين مالا حاضراً .

وطريقة الحساب فى هذا أننا نصحح الفريضة على وجه تخرج منه الوصية وسهام التركة ثم نسقط سهام الوارث المدين ونقسم ما كان من جنس الدين فى التركة على سهام الموصى له والوارث غير المدين والمدين يستوفى سهامه مما عليه من الدين ان كان دينه مثل سهامه أو أكثر ويعتبر ما استوفاه مالا حاضراً.وإن كان دينه أقل اعتبر أيضاً مالا حاضراً يضم على جنسه فى التركة وتستخرج الوصية على حسابه.

١ ـ مثال الوصية بالدراهم المرسلة :

إذا أوصى بمائة وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وترك مائتين نقداً كانت الفريضة من ثلاثة ـ لأن الوصية بالدراهم المرسلة تنفذ من الثلث مقدماً على حق الوارث وفريضة الثلث ثلاثة فيكون للموصى له سهم ولكل ابن سهم والإبن المديون مستوف حقه مما عليه فلا يزاحم الموصى له والابن الآخرفيسقط سهمه ويقسم النقد بين الموصى له والابن الآخر على سهمين ، فيكون للموصى له مائه هى تمام وصيته وللابن غير المدين مائة واذا اخذ مائة تبين أن الابن المدين مستوف ـ مثل ذلك لأن

حق الاثنين فى التركة سواء ، فتكون التركة حينئذ ثلثمائة كلها مال حاضر ولو كان الدين أكثر من مائة ، فالحكم لا يتغير فى اعتبار الثلثمائة تركة حاضرة ، ولكن كلما استخلص شئ من الابن المدين أخذه الابن الثانى مما له حتى يستوفى حقه .

ولو كان الدين أقل من مائة اعتبر مالا حاضراً وأخذ الموصى له وصيته على وفقه والباقى يكون بين الابنتين مع المقاصة فيها عند المدين وإن كانت الوصية بأقل من مائة أخذها الموصى له من سهم الثلث والباقى من النقد مع الدين تركة بين الابنين مع المقاصة فى الدين .

٢ ـــ ومثال الوصية بسهم شائع فى التركة :

إذا أوصى بربع تركته وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وخلف مائة نقداً، فالفريضة من ثمانية للموصى له سهمان ولكل ابن ثلاثة أسهم تسقط سهام الابن المدين ويقسم النقد على خمسة أسهم للموصى له أربعون وللابن غير المدين ستون، وإذا أخذ ستين تبين أن المدين صار مستوفياً مثلها فتكون التركة الحاضرة مائة وستين نفذت الوصية فى ربعها إلى أن يتيسر باقى الدين فيمسك المدين تمام حقه وهو خمسة وسبعون ويؤدى خمسة وعشرين للموصى له والابن غير المدين تقسم بينهما بنسبة سهامهما ، وبذلك يكمل للموصى له خمسون تمام وصيته ، وللابن خمسة وسبعون تمام حقه وباقى الأمثلة يمكن تخريجها قياساً على ماسبق .

٣ ـ مثال الوصية بسهم شائع فى نوع من التركة :

ترك مائة نقداً وعقاراً قيمته مائة ومائة دينا على أحد الابنين وأوصى لآخر بثلاثة أرباع العين النقد فالوصية هنا لا تخرج من ثلث الخاصة من التركة ، وتصحيح المسألة من ثلاثة للموصى له سهم ولكل ابن سهم والمائةالنقد بين الموصى له والابن غيرالمدين للموصى لها منها سته وستون وثلثان وهو ثلث التركة الحاضرة من العقار والنقد وللابن غير المدين ثلاثة وثلاثون وثلث ، وبهذا يتبين أن المدين استوفى مثل ذلك لعدم التفاضل بين الابنين وما جعل مستوفياً له يعتبر تركه حاضرة فتصير به التركة الحاضرة مائتين وثلاثة وثلاثين وثلثاً للموصى له خمسة وسبعون كمال وصية

لأنها تخرج من ثلث الحاضر وللابن غير المدين خمسة وعشرون ونصف العقار ويمسك النصف الآخر حصة المدين حتى يؤدى ما عليه له فى الدين وهو سبعة وثلاثون ونصف .

٤ ـ وإن كان الدين الحال على الوارث من غير جنس الحاضر من التركة يقسم الحاضر على سهام الموصى له وجميع الورثة بعد تصحيح المسألة ، ويعتبر الدين مالا حاضراً ان كان قدر حصة المدين أو أقل وإن كان أكثر كان الزائد كالدين على الأجنبى وتكون الوصية على حساب الحاضر من التركة والدين ولا تسلم حصة المدين فى الحاضر من التركة حتى يؤدى قدرها من الدين ، فإن لم يؤد باعها القاضى ووفى الدين منها ، فإذا خلف ابنين وله على أحدهما ألف وترك عقاراً قيمته ألفان وأوصى لشخص بثلث ماله كان العقار بين الموصى له والابنين أثلاثا ، ولكن نصيب الابن المدين يوقف فى يد الموصى له والابن غير المدين بنزله المرهون فى يد المرتهن لما له عليه من الدين فإذا أدى اليهما ثلثى ما عنده من الدين اقتسماه وسلم له ثلث العقار الموقوف والا رفع الأمر الى القاضى لبيع حصته فى العقار لإيفاء ما عليه من الدين (مادة ٤٧) وجميع الأحكام فى هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية .

المواد ٤٨ و ٤٩ و ٥٠ (١) : وضعت هذه المواد بدلا من المادة ٥٥١ فى الأصل لاستيفاء ما قصرت عنه من المسائل ولأن ما اشتملت عليه هذ المواد من الأحكام أيسر وأسهل وأعدل مما ذهب إليه الإمام وصاحباه من التفرقة فى الحكم بين ما يقسم جبراً وما لا يقسم جبراً مما هو وارد فى المادة ٥٥١ ، فالمادة ٤٨ مأخوذة من مذهب الحنفية ويوافقهم فيها غيرهم لأن الوصية تبطل بهلاك الموصى به عيناً أو نوعاً ، ولا خلاف بين أهل العلم فى ذلك ، وإذا هلك أو استحق بعض الموصى به عيناً أو نوعاً بطلت الوصية فيه واستحق الموصى له الباقى إن خرج من ثلث التركة لأنه موصى به وإن لم يخرج من الثلث استحق بقدره .

---

(١) المواد ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٠ أصبحت المواد ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩.

والحكم الوارد فى المادة ٤٩ فيما إذا هلك البعض أو استحق مأخوذ من مذهب الحنفية ويوافقهم فيه الشافعية .

والحكم الوارد فى المادة ٥٠ مأخوذ من مذهب زفر ، وهو المفتى به عند الحنفية .

وحكم التسوية بين الوصية بعدد شائع فى نوع وبين الوصية بسهم شائع مأخوذ مما ذهب إليه ابن الماجشون من فقهاء المالكية ، فعندهم إذا أوصى بعشرة من أفراسه، فكانت أفراسه مائة كان للموصى له عشر الأفراس .

الفصل الثالث

الوصية بالمنافع

تضمن هذا الفصل أحكام الوصية بالمنافع على وجه أشمل وأوسع نطاقاً مما جاء بالأصل فقد اشتمل المشروع على جواز الوصية لطبقتين وحددت فيه المدة التى يستحق فيها الموصى له الوصية بثلاثين سنه بحيث لو لم يستحق فيها بطلت وصيته أخذاً مما ذكره الفقهاء من أنها مدة طويلة تمنع من سماع الدعوى ومن مذهب عبد الرحمن بن أبى ليلى الذى لا يجيز الوصية بالمنافع .

والمراد بالمنافع ما يشمل المنافع المحضة للمعين كسكنى الدار وزرع الأرض أو بدلها كاقرار الدار والأرض أو ما يخرج منها كثمرة البستان والشجر وهو رأى فقهاء الحنابلة فى المنفعة .

وتشمل الوصية بالمنافع أيضاً الوصية بحقوق الارتفاق ، وحق التعلى والوصية بقدر من المال يدفع شهرياً مثلاً من غله أرضه، والوصية بأن تباع أرضه لشخص مسمى بثمن معين، أو بالتأجير له كذلك ، أو بالاقراض، أو بقسمة التركة على وجه معين .

وتصح الوصية بمنافع العين كلها أو بعضها أو ببعض المنافع ، كما يصح أن يكون الموصى مالكاً للعين والمنفعة أو مالكاً للمنفعة فقط ، كالمستأجر الذى يوصى بمنافع العين المستأجرة .

مــادة ٥١ ، ٥٢ [١] : إذا كانت الوصية بالمنفعة للمعين مدة معلومة المبدأ والنهاية كالوصية له سنة تبدأ من وقت كذا فلا يستحق الوصية إلا إذا وقعت المدة بعد موت الموصى وإن أنقضى بعضها قبل موته استحق باقى المدة ، أخذاً من مذهب الحنفية ولكن يشترط أن تبدأ المدة قبل مضى ثلاث وثلاثين سنه من وقت وفاة الموصى وإلا بطلت .

وإن كانت المدة معينة غير محدودة المبدأ والنهاية كسنة أو غير معينة كالوصية له سنين وتحمل على ثلاث سنين عند الحنفية ، فالمدة تبدأ من وقت موت الموصى أخذاً من مذهب الشافعية (مادة ٥١) .

وإذا منع الموصى له مانع سواء أكانت المدة معلومة المبدأ والنهاية أم لم تكن ، فالحكم ما ذكر فى المادة أخذاً من مذهب الشافعى ، وحكم العذر بغيبة الموصى له يؤخذ من اطلاق ابن حجر فى تحفه المحتاج .

والمراد بالعذر ما كان كالسجن و الغيبة اللتين لا يتمكن معهما من استيفاء المنفعة الموصى بها(مادة ٥٢) .

مــادة ٥٣ [٢] : إذا جعل الموصى وصيته بالمنفعة أبدا أو أطلق فإن كانت لغير المحصورين ممن لا يظن انقطاعهم كالفقراء أو لجهة من جهات البر كالمدرسة والمسجد استحق الموصى لهم بالمنفعة مؤبداً لأنها بالتأبيد صارت وقفا ، وإن كانت لغير المحصورين ممن يظن انقطاعهم ،كأولاد زيد وذريته استحقوا الوصية إلى انقراض الذرية ثم تعود العين الموصى بمنفعتها إلى ورثة الموصى .

وإذا جعل وصيته بالمنفعة لمن ذكروا مدة معلومة المبدأ والنهاية أو مدة معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية استحق الموصى لهم الوصية على الوجه المبين فى الوصية للمعينين فى المادتين ٥١ و ٥٢ والأحكام فى هذه المادة ٥٣ مأخوذة من مذهب الحنفية عدا جواز الوصية لغير المحصورين الذين يظن انقاطعهم فمبنى على مذهب الإمام مالك .

---

(١) المادتان ٥١ و٥٢ أصبحتا المادتاه ٥٠ ، ٥١ .

(٢) المادة ٥٣ أصبحت المادة ٥٢ .

والمراد بالمنفعة فى المادة ما يشمل السكنى وما فى حكمها مما تجوز به الوصية للمعين أخذاً بقول الإمام محمد .

مادة ٥٤ [١] : وإن كانت الوصية لمحصورين كأولاد زيد مدة معينة من بعدهم لمن لا يظن انقاطعهم كالفقراء أو لجهة من جهات البر كانت العين الموصى بمنفعتها وقفاً فتخرج العين عن ملك الواقف وعلى هذا الأساس إذا لم يوجد أحد من المحصورين أو وجدوا بعد ثلاثة وثلاثين سنة شمسية من وقت موت الموصى أو استحقوا الوصية وانقرضوا قبل انتهاء مدة الوصية المعينة لهم ، كان الوقف منقطعاً فى كل المدة أو باقيها ، وتكون المنفعة حينئذ لما هو أهم نفعاً للعباد سواء أكان جهة البر الموصى نها أم جهة بر أخرى أنفع لأن المقصود التقرب إلى الله والمصلحة فى أن تصرف الوصية لما هو أعم نفعاً .

وبعد انتهاء المدة المعينة تكون الوصية للجهة الموصى لها مع مراعاة ما نص عليه فى المواد ٦ ، ٨ ، ٣١ ، ٨٣ .

مادة ٥٥ [٢] : وضعت هذه المادة بدلا من المادة ٥٥٥ من الأصل وعدل عن مذهب الحنفية الوارد بالمادة لما ظهر من أن المصلحة فى اعطاء مالك المنفعة حق توجيهها الى ما يراه من فائدته ، فقد يضطر الموصى له بالسكنى إلى الإقامة فى جهة أخرى أو يكون الموصى له بسكناه أكثر من حاجته ، وقد يكون الموصى له بالغلة فى حاجة إلى سكنى الدار ، لهذا وضعت الأحكام المبينه بالمادة وروعى فيها ألا يترتب على تصرف الموصى له ضرر بالعين الموصى بها ، كما إذا كانت داراً صالحة للسكنى فأجرها لمن يستعملها مصنعاً وفى وضع آلات المصنع فيها ضرر لأن جدرانها لا تحتمل حركة آلات المصنع .

وجواز استيفاء بدل المنفعة إذا كانت الوصية بالسكنى مذهب الشافعى ، وجواز استيفاء بدل المنفعة إذا كانت الوصية بالغلة قول أبى بكر الاسكاف من فقهاء الحينه .

---

(١) المادة ٥٤ أصبحت المادة ٥٣ .

(٢) المادة ٥٥ أصبحت المادة ٥٤ .

وعدم جواز استيفاء بدل المنفعة إذا كان ذلك يضر بالعين الموصى بها يؤخذ مما ذكره الحنفية فى قاعدة « الضرر يزال » .

مـــادة ٥٦ [١] : فرق الحنفية بين الوصية بالغلة والوصية بالثمرة (المادتين ٥٥٦و٥٥٧) من الأصل وهذه التفرقة ترجع عندهم إلى العرف وعند الشافعية لا فرق بين الوصية بالغلة والوصية بالثمرة فى أن كلا منهما يشمل الموجود حين وفاة الموصى وما يوجد بعد ذلك ، لهذا ولعدم ظهور الفرق بين الأمرين وضعت هذه المادة بدلا من مادتى الأصل المذكورتين ، وهذا إذا لم توجد قرينة على أن الموصى قصد بالوصية الموجودين حين الموت فقط .

مــادة ٥٧ [٢] : تصح الوصية بتأجير عين من التركة مدة معينة كل سنة بكذا من الأجرة ، كما تصح ببيعها بثمن معلوم ، فان كانت الأجرة أو الثمن المسمى فى الوصية أجر المثل أو ثمن المثل نفذت الوصية ، وإن كان أقل من المثل بقدر تخرج من ثلث التركة أو يزيد على الثلث زيادة يسيرة يتغابن فيها الناس عادة نفذت الوصية أيضاً .

أما اذا كانت الزيادة على الثلث فاحشة وهى ما لا يتغابن فيها الناس عادة ولم يجز الورثة هذا الزائد فان دفعه الموصى له للورثة نفذت الوصية له وإن أبى الدفع لا يؤجر له إن كانت الوصية بالتأجير ولا يباع له إن كانت الوصية بالبيع .

وهذه الأحكام كلها من مذهب الحنفية .

مـــادة ٥٨ [٣] : تستوفى المنفعة الموصى بها بعد تقديرها حسب المدون بالمادتين ٦٢ و ٦٤ بقسمة المنفعة أو العين بين الموصى له والورثة بنسبة ما لكل منهم أو بالتهايؤ زماناً أو مكاناً أخذاً بمذهب الحنفية .

وفى الحقوق التى لا تقبل القسمة ولا المهايأة يجتهد القاضى فى تقدير مدى استعمال الحق أخذاً من القواعد العامة فى الشريعة .

---

(١) المادة ٥٦ أصبحت المادة ٥٥ .

(٢) المادة ٥٧ أصبحت المادة ٥٦.

(٣) المادة ٥٨ أصبحت المادة ٥٧ .

ولا تستوفى المنفعة بقسمة العين بين الورثة والموصى له إلا إذا كانت تحتمل القسمة ، ولا يترتب على قسمتها ضرر للورثة ولو مع بقاء المنفعة الأصلية أخذا بمذهب المالكية وبالقاعدة المقررة فى مذهب الحنفية « الضرر يزال » .

وذلك كما إذا كانت العين عمارة تمكن قسمتها مع بقاء الانتفاع بكل قسم كالانتفاع به قبل القسمة ولكن يترتب على القسمة ضرر للورثة بما يغرمونه من تكاليف البناء للفصل بين القسمين وتكاليف الهدم بعد انتهاء مدة الانتفاع أو كانت لهم مصلحة فى بقاء العين بحالتها .

مـــادة ٥٩[١] : إذا أوصى لشخص برقبة عين ولآخر بمنفعتها جازت الوصيتان وتكون الضريبة وكل ما يلزم لاستيفاء المنفعة على الموصى له بالمنفعة .

وإذا أهمل صاحب المنفعة القيام بما يلزم لبقاء العين صالحة للانتفاع بها أو لم يدفع ما عليها من الضرائب فأنفق صاحب الرقبة فيما تحتاجه العين من الإصلاح لبقائها عامرة أو دفع ما عليها من الضرائب كان ما دفعه حقاً فى غلة العين يستوفيه منها قبل الموصى له بالمنفعة .

وإذا لم تثمر العين الموصى بمنفعتها أو لم تغل فى سنة من السنين لسبب خارج عن ارادة الموصى له بالمنفعة أو كان يزرع الأرض سنة ويتركها أخرى لمصلحته فى الاستغلال فإنه يلزم بما يكون عليها من الضرائب فى السنة التى لم تغل.

أما إذا كانت العين غير صالحة للانتفاع بها كأن كانت أرضاً بوراً فإن نفقة إصلاحها وما يفرض عليها من الضرائب يكون على الموصى له بالرقبة ، وكل هذه الأحكام مأخوذة من مذهب الحنفية .

والغرض من هذه الأحكام تنظيم العلاقة بين الموصى له بالمنفعة والموصى له بالرقبة فلا يجوز للموصى له بالرقبة التمسك بها ضد قانون الضرائب فى حالة ما إذا وجد ما يدعو لاستيفاء الضريبة من ثمن العين كلها أو بعضها .

---

(١) المادة ٥٨ أصبحت المادة ٥٧ .

(٢) المادة ٥٩ أصبحت المادة ٥٨ .

مـادة ٦٠ [١] : الوصية بالمنفعة تبطل بما يأتى :

(أولاً) إذا مضت المدة المعينة للانتفاع قبل موت الموصى أو مات الموصى له المعين واحداً كان أو أكثر قبل بدء المدة ، وإن مات فى أثنائها بطلت فى باقيها.

(ثانياً) إذا أسقط الموصى حقه بالمنفعة بأبراء الورثة منها بعوض أو بغير عوض أو صالحهم على تركها نظير مال دفعوه إليه .

(ثالثاً) إذا استحقت العين الموصى بمنفعتها أو أشتراها الموصى له علم بالوصية أو لم يعلم وإذا استحقت أو أشتريت أثناء مدة الانتفاع بطلت فى الباقى ، هذه الأحكام من مذهب الحنفية .

مـادة ٦١ [٢] : حق الورثة فى بيع العين الموصى بمنفعتها كلها أو بعضها للموصى له أو لغيره مذهب أبى يوسف وموافق للمذاهب الأخرى ، وإذا بيعت لغير الموصى له انتقلت العين إلى ملك المشترى بجميع حقوقها عدا حق الموصى له فإنه يبقى ويستوفيه على ملك المشترى .

مـادة ٦٢ [٣] : إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين واحداً كان أو أكثر على وجه التأبيد أو مدة حياته أو أطلق الموصى الوصية ولم يقيدها بوقت كانت الوصية لمدة حياته فقط ، وبعد موته تكون لورثة الموصى وإن لم يوص بها لأحد بعده أخذاً من مذهب الحنفية .

ولكن إذا لم يبدأ استحقاق الموصى له الوصية فى مدى ثلاث وثلاثين سنة من وقت وفاة الموصى بطلت الوصية له ، ومن استحق أثناء المدة لا ينتهى استحقاقه بمضيها ، بل يبقى مستحقاً إلى حين الموت سواء أكان وجوداً حين موت الموصى أم وجد بعده .

والأحكام بالنسبة لمن استحق أثناء المدة مأخوذة من مذهب الحنفية إذا كان المستحق موجوداً حين موت الموصى ومن مذهب المالكية إذا وجد بعد الموت .

وبالنسبة لمن لم يستحق أثناءها مأخوذة من مذهب الحنفية إذا لم يكن موجوداً

---

(١) المادة ٦٠ أصبحت المادة ٥٩

(٢) المادة ٦١ أصبحت المادة ٦٠ .

(٣) المادة ٦٢ أصبحت المادة ٦١ .

حين الموت ومن مذهب عبد الرحمن بن ليلى الذى لا يجيز الوصية بالمنافع إذا كان موجوداً وقته .

مـــادة ٦٣ و ٦٤ [١] الفقرة الأولى من المادة ٦٣ مأخوذة من مذهب الحنفية وباقى المادة يؤخذ من مذهب الشافعى .

والوصية بالحقوق وصية ببعض المنافع .

وطريقة تقدير قيمة الحقوق أن تقوم العين بحقوقها الموصى بها ثم تقوم مسلوبة الحقوق والفرق بين القيمتين هو الوصية .

وإن كانت الوصية مؤقتة بمدة معينة قومت الحقوق كذلك فى هذه المدة ، والفرق بين القيمتين هو الوصية أخذاً من مذهب الشافعى فى الحالتين .

وإذا كانت قيمة العين أو قيمة المنفعة فى المادة ٦٣ وقيمة الحقوق فى المادة ٦٤ لا تخرج من ثلث التركة استحق الموصى له من الوصية بقدر الثلث إذا لم يجز الورثة الزائد على الثلث .

الفصل الرابع

الوصية بالمرتبات

مـــادة ٦٥ [٢]: اتفق الجمهور من فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية على وجوب تنفيذ الوصية بمرتب فى التركة أو غلتها ووقف جزء منها يمكن تنفيذ الوصية فيه .

ولكن لما كان العمل بطريقتهم فى التنفيذ يضر بالورثة أحياناً ، رؤى فى مشروع القانون العمل بالغرض الذى قصد إليه الفقهاء وهو ضمان تنفيذ الوصية من غير ضرر بالورثة .

(أ) الوصية بمرتب لمعين فى مدة معينة :

١ ـ إذا كانت الوصية بمرتب من رأس مال التركة مدة معينة توقف من التركة عين ذات ايراد تنفذ منه الوصية ، ولكن إن كانت المدة قصيرة وهى عشر سنين فأقل (مادة ٦٣) ينبغى أن تكون قيمة العين مساوية للمرتب فى المدة الموصى فيها لتكون ضماناً لاستيفاء المرتب منها إذا كان الايراد لا يكفى .

---

(١) المادة ٦٣ ، ٦٤ أصبحت المادتان ٦٢ ، ٦٣ .

(٢) المادة ٦٥ أصبحت المادة ٦٤ .

أمـا فى المدة الطويلة وهى مـا كـانت أكـثـر من ذلك ، فـيكفى أن يكون إيراد العين كافياً لتنفيذ الوصية منه حسب تقدير الخبراء ولو كانت قيمتها أقل من المرتب فى المدة ، لأن وقف عين من التركة قيمتها متساوية للمرتب زمنا طويلاً فى بعض الأحوال كما إذا كانت غلة العين الموقوفة أضعاف المرتب الموصى به أو كان للورثة مصلحة خاصة فى هذه العين مع وجود عين أخرى أقل قيمة ذات إيراد يسع المرتب وهكذا .

ومع هذا فإن مضت مدة تبين بعدها أن بعض العين الموقوفة يكفى لتنفيذ الوصية منه إيرادا ورقبه فى المدة الباقية كان للورثة أن يطلبوا من القاضى استرداد الزائد ، وفى هذه الحالة إذا ظهر من رأى أهل الخبرة ما يقضى باسترداد البعض رده القاضى عليهم .

وإذا كانت قيمةالعين فى المدة القصيرة أو الطويلة أكثر من ثلث التركة ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث أوقف الثلث فقط ، ولا ينقص شئ من المرتب فى مقابلة نفس العين ما زاد على الثلث أخذاً من مذهب الحنفية .

وفى جميع الأحوال يأخذ الموصى له مرتبه على الوجه المبين بالمادة ٦٨ حتى يستوفى قيمة ثلث التركة وقت موت الموصى ، أو تنفذ العين الموقوفة وتنتهى المدة أو يموت .

مـــادة ٦٦ [(١)] : وإذا كانت الوصيـة فى المدة المعينة بمرتب فى غلة التركة أو غلة عين منها طالت المدة أو قصرت فإن الوصية تقدر بالفرق بين قيمة التركة أو العين بمنفعتها وقيمتها خالية من المنفعة بمثل المرتب وإن زاد الفرق بين الثلث ولم يجز الورثة الزائد ردت الوصية إلى الثلث ونقص المرتب بنسبة الزائد أخذاً من مذهب الشافعية .

فإذا كانت الوصية بمرتب خمسة جنيهات كل شهر من غلة التركة مدة عشرة سنوات ، وقدر الخبراء الفرق بين القيمتين بستمائة جنيه وكانت قيمة التركة ألفا وخمسمائة فإن الوصية ترد إلى خمسمائة جنية ويكون المرتب أربعة جنيهات وسدساً.

---

(١) المادة ٦٦ أصبحت المادة ٦٥ .

وفى الوصية بمرتب من غلة التركة توقف عين تفى غلتها بالمرتب ولو كانت قيمتها أكثر من الثلث ، لأن حق الموصى له فى الغلة فقط وقصر العين الموقوفة على قيمة الثلث يضر الموصى له فيما إذا كانت لا تغل المرتب ، لأنه فى هذه الحال لا يمكن اتمام المرتب له من العين الموقوفة كالحال فى الوصية بمرتب من رأس المال.

وفى الوصية بمرتب من غلة عين منها إذا كانت أكثر من المرتب أوقف منها بقدر ما تفى غلته بالمرتب وإذا كانت غلتها قدر المرتب أو أقل أوقفت العين .

وفى جميع الأحوال يكون الورثة وقف عين أخرى تغل المرتب إذا تضرروا من وقف العين التى ذكرها الموصى .

وعدم تقييد العين بقيمة الثلث يؤخذ من مذهب الشافعية .

وتنتهى الوصية بمرتب فى الغلة بانتهاء المدة أو موت الموصى له .

مادة ٦٧ (ب) [1] الوصية بمرتب مدى الحياة .

إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة أو مدة حياة الموصى له كانت كالوصية بذلك مدة معينة ويطبق عليه مانص فى المادتين ٦٥و٦٦ ، فإن مدة حياة الموصى له يمكن تقديرها بمعرفة الخبراء من الأطباء أخذاً مما ورد بمذهب الامام مالك وبما روى عن الإمام أبى يوسف .

وإذا مات الموصى له قبل انتهاء المدة التى قدرها الأطباء لحياته انتهت الوصية، وكانت منفعة العين أو العين مع منفعتها لمن يستحقها بعده من الورثة أو غيرهم .

وإذا عاش بعد انتهاء المدة المحددة فانه لا يحق له أنه يرجع بشئ على الورثة فى المدة الزائدة أخذا مما ذهب إليه ابن القاسم من أصحاب الإمام مالك .

مادة ٦٨ [2] : فى جميع الأحوال المبينة بالمواد ٦٥ و ٦٦ ، ٦٧ إذا كانت الوصية بمرتب من رأس المال يستوفى الموصى له مرتبه من غلة العين الموقوفة فإذا لم تف الغلة بالمرتب طولب الورثة باكماله لأن مصلحتهم فى بقاء العين سليمة ، فإذا

---

(١) المادة ٦٧ أصبحت المادة ٦٦ .

(٢) المادة ٦٨ أصبحت المادة ٦٧ .

لم يوفوا باع القاضي من العين ما يكمل ثمنه المرتب وإذا زادت الغلة عن المرتب في سنة ردت الزيادة إلى ورثة الموصي ، وإذا كانت الوصية بمرتب من الغلة كما إذا أوصى بعشرة جنيهات كل سنة من غلة أرضه ، فالموصى له يستوفي مرتبه من غلة العين الموقوفة ، وإذا لم تغل العين في سنة ما يكفي المرتب فإنه يستوفي ما نقصه من زيادة الغلة في سنة أخرى لأن الموصي لم يجعل له حقاً إلا في الغلة ، ولهذا يحبس الزائد في جميع السنين على حقه ولا يسلم للورثة ، وهذا إذا لم ينص الموصي على أن الاستحقاق قاصراً على الغلة سنة فسنة أو وجدت قرينه على أنه أراد ذلك كما إذا أوصى بعشرة جنيهات كل سنة من غلتها فإن في هذه الحالة لا يستوفي ما نقصه من المرتب في سنة أخرى بل يعطى الزائد للورثة أخذاً من مذهب الحنفية في الحالتين .

مـــادة ٦٩ (ج) [1] الوصية لجهة بر دائمة :

إذا كانت الوصية بالمرتب من رأس المال أو الغلة لجهة بر دائمة مدة معينة قدرت ونفذت على الوجه المبين في المواد ٦٥ و ٦٦ و٦٨ لأنها تشمل المعين من الأشخاص وغيرهم وإذا كانت الوصية مطلقة أو مؤبدة أوقفت عين من التركة تغل المرتب وفي هذه الحالة تعتبر العين وقفاً على الجهة الموصى لها وإن كانت قيمة العين أكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزائد ووقف الثلث وما تنتجه العين من الغلة قليلاً كان أو كثيراً هو حق الجهة الموصى لها لأن هذا حكم الوقف .

وكون العين وقفاً على الجهة في الوصية بمرتب من رأس المال هو فحوى ما روى عن الإمام أبي يوسف في الوصية بالمرتب من رأس المال لمعين مدى الحياة وكونها وقفاً في الوصية بالمرتب من الغلة يؤخذ من مذهب الحنفية .

مـادة ٧٠ [2] : في جميع الأحوال المبينة في المواد من ٦٥ إلى ٦٨ يجوز لورثه الموصي أن يستدلوا على العين التي خصصت لاستيفاء المرتب من غلتها على أن يدعوا المرتبات في جهة يعينها الموصى له أو يعينها القاضي لتنفيذ الوصية منها. ولكن في هذه الحال إذا كانت الوصية بمرتب مدة معينة أو مدة حياة الموصى له

---

(١) المادة ٦٩ أصبحت المادة ٦٨ .

(٢) المادة ٧٠ أصبحت المادة ٦٩ .

تقدر الوصية بالمرتب من رأس المال بحساب المرتبات في كل المدة على ألا تزيد على الثلث وتقدر الوصية بالمرتبات من الغلة بالطريقة المبينه في المادة ٦٦ .

وإنما قدرت الوصية بمرتب من رأس المال هنا على خلاف ما سبق في المادة ٦٥ حيث كان تقدير الوصية بتقدير العين لأن الوصية هنالك تستوفى من العين غله ورقبه ، وهنا لو قدرت الوصية بتقدير العين لتضرر الموصى لهم فيما إذا كانت قيمة العين أقل كثيراً من المرتبات في مدة الوصية .

بعد تقدير الوصية وإيداع مبلغ المرتبات وتخصيصها للموصى له يتعلق بها حقه ولا يكون له بعد ذلك أي حق على التركة حتى إذا حجز دائنة على ما أودع ليستوفى دينه منه عند حلول أجل المرتب لا يكون للموصى له الرجوع على التركة في شئ.

ومع هذا إذا نما المال المودع بسبب من الأسباب فإن نماءه يكون لورثة الموصى ، لأن الموصى له ليس له فيه إلا مرتبه يستحقه عند حلول الأجل .

وجواز إيداع المرتبات في الوصية من رأس المال يؤخذ من رأى الإمام أبى يوسف السابق ذكره وفى الوصية من الغلة يؤخذ من مذهب الشافعي .

مادة ٧١ (١) : إذا كانت الوصية بالمرتب من رأس المال أو من الغلة لطبقة أو طبقتين أو أكثر ، فلا تصح الوصية إلا للموجود من الموصى لهم وقت موت الموصى من الطبقتين الأوليين فقط أخذاً بمذهب الحنفية .

وتقدر حياة الموجودين بمعرفة الأطباء وإن كان فيهم جنين قدرت حياته بستين سنة أخذاً بما ذكره متأخرو الحنفية في الأعمار .

وتقدرمدة الوصية بأطولهم عمراً وتنفذ بمراعاة الأحكام المدونة في المادة ٦٧ .

مثلا إذا أوصى لزيد بعشرة جنيهات كل سنة ومن بعده ، لأولاده فكان له عند وفاة الموصى ولدان ، فإذا قدر الأطباء حياته وقت الوفاة بعشرين سنة وحياة أحد ولديه بثلاثين وحياة الثاني بأربعين اعتبرت مدة الوصية أربعين سنة ، وحينئذ يأخذ زيد وصيته من غلة العين الموقوفة لتنفيذ الوصية في الوصية بمرتب في الغلة أو منها غلة ورقبة في الوصية بمرتب من رأس المال حتى يموت أو تنتهي المدة ، فإذا مات

---

(١) المادة ٧١ أصبحت المادة ٧٠ .

انتقلت الوصية إلى ولديه وتنتهي بموتهما أو استيفاء قيمة ثلث التركة أو انتهاء المدة ، وإذا انتهت مدة الأب قبل موته استحق ورثة الموصى غله العين الموقوفة حتى يموت فتنتقل الوصية لولديه لأن الموصى لم يجعل لهم الوصية إلا بعد موت الأب .

وإذا مات الأب بعد مضى ثلاثين سنة شمسية من وفاة الموصى ، فإن أولاده لا يستحقون شيئاً فى الوصية .

الفصل الخامس

أحكام الزيادة فى الموصى به

المواد من ٧٢ إلى ٧٧ [١] : جديدة وضعت لبيان أحكام إذا أحدث الموصى فيها تغييراً كالوارد بالمادة ٢٠ وهى كما يأتى :

١ ـ إذا غير الموصى معالم العين الموصى بها بأن كانت منزلا مثلا ، فغير نظام حجراته أو منافذه أو درجه أو نحو ذلك أو زاد فيه زيادة مما لا يستقل بنفسه كالطنف والافريز والمقرنصات والتجصيص والزخرف وغير ذلك من أنواع العمارة كانت العين بزيادتها كلها وصية .

وإن كان ما زاده فى العين الموصى بها مما يستقل كما إذا ما كانت به من قبل وأحدث فيها من الزخرف والحلية ما شاء فانها تكون العين مع ما زاده فيها شركة بين الورثة والموصى له ، وتصبيهم فيها بقدر قيمة البناء والغراس قائما (مادة ٧٢) .

٢ ـ وإذا كان التغيير فى العين الموصى بها بهدمها وبنائها فإن كان بناؤها تجديداً لما كانت عليه ولو مع تغيير وضع البناء بأن كانت داراً مكونه من طبقتين فبناها كذلك على طراز آخر وبمواد أخرى غير ما كانت به من قبل وأحدث فيها من

---

(١) المواد من ٧٢ إلى ٧٧ :
مادة ٧٢ أصبحت مادة ٧١ ،
مادة ٧٣ أصبحت مادة ٧٢ ،
مادة ٧٤ أصبحت مادة ٧٣ .
مادة ٧٥ حذفت .
مادة ٧٦ أصبحت مادة ٧٤ ،
مادة ٧٧ أصبحت مادة ٧٥ .

الزخرف والحلية ما شاء فإنها تكون وصية بدل الأولى ، وإن أعاد بناءها على وجه آخر لا يقال عنه في العرف أنه تجديد للأول بأن جعلها عمارة ذات طبقات كانت كلها شركة للموصى له فيها بقيمة أرضه وللورثة بقيمة البناء قائماً أما إنقاص البناء الأول فقد بطلت فيها الوصية فلا يحسب لها مقابل (مادة ٧٣) .

٣ ـ وتكون العين الجديدة بأرضها شركة أيضا إذا هدم الموصى البناء وضم أرض الوصية إلى أرض له أخرى وبنى فوقهما عمارة ولكن هنا يكون للموصى له فيها بقدر قيمة أرضه وللورثة بقدر قيمة أرض مورثهم وقيمة البناء قائما (مادة ٧٤) .

٤ ـ وإذا جعل من العين الموصى بها وعين مملوكة له أخرى عمارة واحدة ذات مساكن ومرافق متحدة بحيث لا يمكن مع هذه الحالة تسليم الموصى به كانت العمارة كلها أرضاً وبناء شركة ـ للموصى له فيها بقدر قيمة وصيته وللورثة بقدر قيمة العين المورثة (مادة ٧٧) .

٥ ـ إذا تصرف الموصى في العين الموصى بها بعوض بأن باعها واشترى بثمنها عيناً أخرى أو دفعها إلى غيره مقايضة في عين أخرى ولزم في تصرفه هذا دفع مبلغ من المال بأن باع واشترى بمائة وخمسين أو كانت العين التي قايض بها أكثر ثمنا من ثمن الوصية فدفع الفرق فإن الورثة يشاركون الموصى له في العين الجديدة بقدر ما دفعه مورثهم (مادة ٧٥) .

٦ ـ ولكن إذا كان ما دفعه الموصى من المبلغ في المادة السابقة مبلغاً قليلاً أو كانت الزيادة الواردة في المادة ٧٤ والفقرة الثانية من المادتين ٧٢ و ٧٣ مما يرى في العادة أن الموصى زاده مسامحة كبناء حجرة أو حجرتين فوق السطح أو في فناء المنزل لانتفاع السكان بهما أو أحدث ساقيه ونحوها في الأرض التي ضمها إلى أرض منزل الوصية صغيرة وكان ما أحدثه من البناء فوقها وفوق أرض الوصية مثل البناء الذي هدمه على الوجه المبين في الفقرة الأولى من المادة ٧٣ فالوصية في كل ذلك تبقى على حالها وتكون هذه الزيادة ملحقة بالوصية أما الزيادة التي لا يتسامح فيها عادة ، فلا تلحق بالوصية إلا إذا وجد من الموصى ما يدل على أنه قصد إلحاقها بها .

وجميع هذه الأحكام مأخوذة من مذهب الإمام مالك عدا أحكام المادة ٧٥ ، فإنها من مذهب الإمام مالك وما نقله صاحب جواهر الكلام عن بعض العامة .

الفصل السادس

الوصيــة الواجبــة

المــواد ٧٨ و ٧٩ و ٨٠ وضعت هذه المادة والمواد التى بعدها نقلاً فى حالة كثرت منها الشكوى وهى حالة الأحفاد الذين يموت أباؤهم فى حياة أبيهم أو أمهم أو يموت معهم ولو حكماً كالغرقى والهدمى .

فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت وقد يكونون فى عياله يمونهم واحب شئ إلى نفسه أن يوصى لهم بشئ من ماله ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئا أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتيه .

وقد تضمنت هذه المادة أنهم إذا كانو غير وارثين ولم يوص لهم الجد أو الجدة بمثل نصيب أصلهم فإن الوصية تجب لهم بايجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على ألا يزيد على الثلث .

وهى تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وهم من لا ينتسبون إلى الميت بأنثى وإن نزلت طبقاتهم والأصل يحجب فرعه دون فرع غيره ، ويقسم نصيب كل أصل وهو ابن الميت أو أبنته على من يوجد من فروعه قسمة الميراث كما لو كان أصولهم الذين ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتين .

ولا يدخل فى قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا فى حياته ولم يعقبوا أو اعقبوا من لا يستحق فى الوصية ، فلو خلف الميت ابنا وبنتا وبنتى بنت ماتت فى حياته وابن ابن مات أبوه وجده فى حياته أيضا غير مرتبين وكان له ابن مات فى حياته ولم يعقب أو أعقب أولاً بنت قسمت التركة بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين لهم من يستحق الوصية ، وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث فيكون لهما الثلث يقسم بينهما قسمة الميراث البنت ثلثه يعطى لبنتيها بالتساوى وثلثاه للابن ويعطى لفرعه ولو أن أباه مات قبل جده .

١ ـ والقول بوجوب الوصية للاقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقة والحديث ، ومن هؤلاء سعيد ، بن المسيب والحسن البصرى وطاوس والإمام أحمد وداود والطبرى واسحق بن راهوية وابن حزم.

والأصل فى هذا قوله تعالى﴿ **كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقاً على المتقين** ﴾ .

٢ ـ والقول باعطاء جزء من مال المتوفى للاقربين غير الوارثين على أنه وصية وجبت فى ماله إذا لم يوص لهم مذهب ابن حزم ويؤخذ من أقوال بعض فقهاء التابعين ورواية فى مذهب الإمام أحمد .

٣ ـ وقصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد بالترتيب المبين فى المادة ٧٨ .

وتحديد الواجب لهم بمثل نصيب أبيهم أو أمهم فى حدود الثلث مع تقسيمه بينم قسمة الميراث مبنى على مذهب ابن حزم وعلى القاعدة الشرعية التى سبق شرحها فى المادة الثانية .

فالجزء الواجب اخراجه يجوز فى مذهب ابن حزم أن يحدده الموصى أو الورثة بمثل نصيب الأب كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر .

كذلك يجوز فى مذهبه أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون البعض الآخر وحينئذ يكون لولى الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور فى المادة ويأمر باعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم فى الميراث لو بقى حياً (مادة ٧٨) .

والآية الكريمة ظاهرة فى أن الوصية الواجبة للاقربين هى الوصية بالمعروف وكلمة المعروف فى القرآن الكريم يراد منها ما تطمئن إليه النفوس والفطر ولا تنبؤ عنه المصلحة ، وهو العدل لا وكس فيه ولا شطط .

وعلى هذا الأصل يكون لولى الأمر أن يأمر الناس بالمعروف فى الوصية الواجبة للاحفاد بأن تكون بمثل نصيب أصلهم فى حدود الثلث لأن هذا هو العدل الذى لا وكس فيه ولا شطط .

فإذا نقصوا أحد ما وجب له أو لم يوصوا له بشئ ردوا بأمر ولى الأمر الى المعروف (مادة ٧٩) .

وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يؤخذ مما نقله ابن مفلح عن الإمام أحمد وما روى عن طاوس .

والمراد بغير الوصية الواجبة للاقربين الوصايا الاختيارية ولو كانت وصية

بفرض أو بواجب آخر وسواء أكانت لجهة أم لأشخاص (مادة ٨٠) .

مـادة ٨١ [١] : الحكم المدون فى هذه المادة هو القاعدة فى تزاحم الوصايا وإذا كان فى الوصايا الاختيارية وصايا بالقرب اتبع فيها ما نص عليه فى المادة ٨٣ .

الفصل السابع

فى تزاحـم الوصـايا

مادة ٨٢ [٢] : المادة ٥٤٨ فى الأصل مبنية على مذهب الإمام أبى حنيفه فى قسمة الوصية فيما إذا ضاق الثلث عن سهام الموصى لهم ولم يجز الورثة الوصية أو أجازوها وضاقت التركة عن سهامها ولصعوبة مذهبه فى كيفيه القسمة عدل عنه إلى مذهب الصاحبين فى المادة ٨٢ لما فى مذهبهما من السهولة وهى طريقة العول المعمول بها فى الميراث .

فلو أوصى لزيد بثلث التركة ولعمرو بربعها ولم يجز الورثة كان الثلث بينهما بنسبة سهامها فى الوصية وكيفية إخراج سهامها فى جنس هذه المسألة أن تصحح مسألة الوصايا أولا وينظر كم سهام الوصايا من أصل المسألة فتكون هى سهام الثلث ، وهذا المسألة التى لها ثلث وربع صحيحان اثنا عشر ثلثهما أربعة وربعها ثلاثة فيكون الثلث بينهما على سبعة سهام .

ولو أوصى بكل التركة لأحدهما وللآخر بثلثها وأجاز الورثة كانت المسألة من ثلاثة وتعول إلى أربعة للموصى له فى الكل ثلاثة وللموصى له بالثلث واحد ، فتقسم التركة بينهما بنسبة سهامهما ولن لم يجز الورثة كان الثلث بينهما على هذه النسبة أيضاً .

ولو أوصى لرجل بألف ولآخر بخمسمائة وخلف تركة قيمتها ألف وثمانمائة ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث بينهما بنسبة حقهما فى الوصية ، لصاحب الألف أربعمائة وللثانى مائتان .

وإذا كانت الوصية لأحد بعين من أعيان التركة فكانت قيمتها أكثر من الثلث أو زادت الوصايا عن الثلث ولم يجز الورثة الزائد أو أجاز الورثة الوصايا ولم تف بها

---

(١) المادة ٨١ أصبحت المادة ٧٩ .

(٢) المادة ٨٢ أصبحت المادة ٨٠ .

التركة ففى جميع الأحوال يأخذ الموصى له حصته فى العين الموصى له بها وهو مذهب الحنفية .

مادة ٨٣ : (١) [١] : إذا كانت الوصية بالقربات وكانت كلها فرائض أو واجبات أو نوافل ولم يذكر الموصى لكل جهة سهاماً خاصة كانت الوصية بين الجهات بالتساوى وإن ذكر لكل جهة سهاماً تخالف سهام الأخرى ولم يف بها محل الوصية قسم بينها بنسبة سهم كل جهة .

(٢) وإن كانت القربات من أنواع مختلفة وسوى الموصى بينها قسمت الوصية بالتساوى وإن جعل لكل نوع سهاماً خاصة ولم يف بها محل الوصية قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل وما خص النوع يجعل بين أفراده بالطريقه السابقة .

(٣) وإذا اجتمعت الوصايا بالقربات مع الوصايا للعباد بدون ذكر سهام قسم محل الوصية بينها بالتساوى ، فإذا قال جعلت ثلث مالى فى الحج والزكاة والفقراء وزيد قسم الثلث على أربعة أسهم .

وإذا سمى سهاماً وصدق عنها محل الوصية قسم محل الوصية بينها بنسبة السهام وما أصاب القربات اتبع فيه ماسبق ذكره .

وجميع هذه الأحكام مأخوذة من مذهب الحنفية وأخذ بقول زفر فى عدم المفاضلة بين أفراد النوع الواحد .

مادة ٨٤ [٢] : إذا اجتمع مع الوصية بمرتب من رأس المال أو الغلة لمعين أو لجهة من الجهات وصايا أخرى وضاق محل الوصية عن الإيفاء بكل الوصايا قسم بينها طبقا للمادة ٨٢ فإذا انقطعت الجهة الموصى لها بالمرتب وتعذر الصرف إليها ومات من أوصى له بالمرتب كان نصيبها حقاً لورثة الموصى .

تنتهى مواد القانون بالمادة الرابعة والثمانين ، وقد وضعت أحكامه طبق ما قضت به المصلحة بدون تقيد بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفه ، ولكن إذا جد من الحوادث ما لم ينص على حكمه فى هذا القانون فإنه يجب الرجوع فيها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة كما تقضى بذلك المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨لسنة ١٩٣١ .

---

(١) المادة ٨٣ أصبحت المادة ٨١ .

(٢) المادة ٨٤ أصبحت المادة ٨٢ .

(ثالثا)
مستخرج من القانون المدنى
نصوص بيع التركة
والميراث وتصفية التركة والوصية
١ - بيع التركة

مادة ٤٧٣ - من باع تركة ، دون أن يفصل مشتملاتها ، لا يضمن إلا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك .

مادة ٤٧٤ - إذا بيعت تركة فلا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا أستوفى المشترى الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضا أن تستوفى هذه الإجراءات .

مادة ٤٧٥ - إذا كان البائع قد أستوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئا مما اشتملت عليه . وجب أن يرد المشترى ما استولى عليه ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

مادة ٤٧٦ - يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيرذ لك .

٢ - الميراث وتصفية التركة

مادة ٨٧٥ - تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها .

وتتبع فى تصفية التركة الأحكام الآتية :

تعين مصف للتركة :

مادة ٨٧٦ - إذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجبا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضى اختيار المصفى على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء .

مـــادة ٨٧٧ ـ لمن عين مـصـفـيـا أن يرفض تولى هذه المهـمـة أو أن يتنحى عنها بعد توليها وذلك طبقا لأحكام الوكالة .

والقاضى أيضا ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصفى واستبدل غيره به . متى وجدت أسباب تبرر ذلك .

مـــادة ٨٧٨ ـ إذا عين المورث وصيـا للتـركـة ، وجب أن يقـر القاضـى هذا التعيين .

ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصفى من أحكام .

مـــادة ٨٧٩ ـ على كاتب المحكمةأن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفيين وبتثبيت أوصياء للتركة ، فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثيين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية ، ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل .

ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليها فى المادة ٩١٤ .

مـــادة ٨٨٠ ـ يتسلم المصفى أموال التركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة . وله أن يطلب منها أجرا عادلا على قيامه بمهمته .

ونفقات التصفية تتحملها التركة ، ويكون لهذه النفقات حق امتياز فى مرتبة امتياز المصروفات القضائية .

مـــادة ٨٨١ ـ على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة ، وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما . ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة .

مـــادة ٨٨٢ ـ على المصفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته وعليه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهى التصفية على أن تخصم النفقة التى يستولى

عليها كل وارث من نصيبه فى الإرث .

وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضى الأمور الوقتية .

جرد التركة :

مـــادة ٨٨٣ ـ لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أن يتخذ الدائنون أى إجراء على التركة ، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه إلا فى مواجهة المصفى .

وكل توزيع فتح ضد المورث ولم تقفل قائمته النهائية ، يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن .

مـــادة ٨٨٤ ـ لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١ أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل دينا عليه قصاصا بدين التركة .

مـــادة ٨٨٥ ـ على المصفى فى أثناء التصفية أن يتخذما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية ، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة ، وعليه أيضا أن ينوب عن التركة فى الدعاوى وأن يستوفى ما لها من ديون قد حلت .

ويكون المصفى ، ولو لم يكن مأجورا ، مسئولا مسئولية الوكيل المأجور ، وللقاضى أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية .

مـــادة ٨٨٦ ـ على المصفى أن يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيها يدعوهم فيه لأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة .

ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة ، أو على الباب الرئيسى لمركز البوليس فى المدينة التى يقع فى دائرتها هذه الأعيان ، وفى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث ، وفى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الإنتشار .

مـــادة ٨٨٧ ـ على المصفى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشمل على تقدير لقيمة هذه

الأموال ، وعليه أيضا أن يخطر بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع .

ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد إذا وجدت ظروف تبرر ذلك .

مـــادة ٨٨٨ ـ للمصفى أن يستعين فى الجرد وفى تقدير قيمة أموال التركة بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة .

ويجب على المصفى أن ثبت ما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه عنها من أى طريقة كان ، وعلى الورثة أن يبلغوا المصفى عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها .

مـــادة ٨٨٩ ـ يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شىء من مال التركة ولو كان وارثا .

مـــادة ٨٩٠ ـ كل منازعة فى صحة الجرد ، وبخاصة ما كان متعلقا بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها ، ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذى شأن خلال الثلاثين يوما التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد .

وتجرى المحكمة تحقيقا . فإذا رأت أن الشكوى جدية أصدرت أمرا بقبولها . ويصح التظلم من هذا الأمر وفقا لأحكام قانون المرافعات .

وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء عينت المحكمة أجلا يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة ، وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال .

تسوية ديون التركة :

مـــادة ٨٩١ ـ بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد يقوم المصفى بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التى لم يقم فى شأنها نزاع . أما الديون التى توزع فيها فتسوى بعد الفصل فى النزاع نهائيا .

مـــادة ٨٩٢ ـ على المصفى فى حالة إعسار التركة أو فى حالة احتمال إعسارها ، أن يقف تسوية أى دين ، ولو لم يقم فى شأنها نزاع ، حتى يفصل نهائيا فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة .

مـــادة ٨٩٣ ـ يقوم المصفى بوفاء ديون التركـة مما يحصله من حقوقها ، ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ومن ثمن ما في التـركـة من منقول . فإن لم يكن كل ذلك كافيا فمن ثمن ما في التركة من عقار .

وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقا للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية ، إلا إذا أتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة ـ فإذا كانت التركة معسرة لزمت أيضا موافقة جميع الدائنين . والورثة فى جميع الأحوال الحق فى أن يدخلوا فى المزاد .

مـــادة ٨٩٤ ـ للمحكمة بناء على طلب جمع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعيه فى ذلك حكم المادة ٥٤٤ . [1]

مـــادة ٨٩٥ ـ إذا لم يجـمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل . تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الإرث .

وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى الشركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين ، فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها .

وفى جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره وجب أن يشهر هذا التأمين وفقا للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص .

مـــادة ٨٩٦ ـ يجوز لكل وارث بعد توزيع الديون المؤجلة أن يدفع القدر الذى

---

(١) مادة ٥٤٤ ـ إذ اتفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض فى الرد أو الحد منه .

اختص به قبل أن يحل الأجل طبقا للمادة ٨٩٤ .

مــادة ٨٩٧ ـ دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة ، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينياً على تلك الأموال . وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب اثرائهم .

مــادة ٨٩٨ ـ يتولى المصفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف .

تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال :

مــادة ٨٩٩ ـ بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي .

مــادة ٩٠٠ ـ يسلم المصفى إلى الورثة ما آل عليهم من أموال التركة .

ويجوز للورثة . بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يسلموا ، بصفة مؤقتة ، الأشياء أو النقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة . أو أن يتسلموا بعضا منها وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها .

مــادة ٩٠١ ـ تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم اعلاما شرعيا بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا الإعلام ، شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعين ما آل إليه من أموال التركة .

مــادة ٩٠٢ ـ لكل وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزا ، إلا إذا كان هذا الوارث ملزماً بالبقاء في الشيوع بناء على اتفاق أو نص في القانون .

مــادة ٩٠٣ ـ إذا كان طلب القسمة واجب القبول ، تولى المصفى إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالاجماع .

فإذا لم ينعقد إجماعهم على ذلك ، فعلى المصفى أن يرفع على نفقة التركة دعوى القسمة وفقا لأحكام القانون ، وتستنزل نفقات الدعوى من أنصباء المتقاسمين .

مــادة ٩٠٤ ـ تسرى على قسمة التركة القواعد المقررة فى القسمة ، وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالغبن وبامتياز المتقاسم وتسرى عليها أيضا الأحكام الآتية :

مــادة ٩٠٥ ـ إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، أمرت المحكمة أما ببيع هذه الأشياء أو باعطائها لأحد الورثة مع استنزال قيمتها من نصيبه فى الميراث أو دون استنزال ، ويراعى فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية .

مــادة ٩٠٦ ـ إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها . وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به . وثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة ، فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل .

مــادة ٩٠٧ ـ إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة فإن باقى الورثة لا يضمنون له المدين إذا هوأعسر بعد القسمة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيرذ لك .

مــادة ٩٠٨ ـ تصبح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية .

مــادة ٩٠٩ ـ القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائما وتصبح لازمة بوفاة الموصى .

مــادة ٩١٠ ـ إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته فإن الأموال التى لم تدخل فى القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقا لقواعد الميراث .

مــادة ٩١١ ـ إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسمة ، فإن الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شائعة إلى باقى الورثة طبقا لقواعد الميراث .

مــادة ٩١٢ ـ تسرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن .

مـــادة ٩١٣ - إذا لم يشمل القسمة ديون ، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على هذه القسمة ، جاز عند تسوية المدين بالاتفاق مع الدائنين أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقا للمادة ٨٩٥ على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها .

أحكام التركات التى لم تصف :

مـــادة ٩١٤ - إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها ، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون .

٢ - الوصية

مـــادة ٩١٥ - تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها .

مـــادة ٩١٦ - (١) كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

(٢) وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

(٣) وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه .

مـــادة ٩١٧ - إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأيه طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقدم دليل يخالف ذلك .

* * *

القسم الثالث

الولاية على النفس والمال

* المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ .
* المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، ومذكرته الإيضاحية.
* مستخرج من القانون المدنى لأهم نصوص الحالة والأهلية والولاية على المال.

(أولا)

المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢
بتقرير حالات لسلب الولاية على النفس [١]

مجلس الوزراء

بعد الإطلاع على المادتين ٤١ ، ٥٥ من الدستور ؛

وعلى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٤٩ بإصدار قانون نظام القضاء ؛

وعلى القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بإضافة كتاب رابع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ؛

وبناء على ما عرضه وزير العدل ؛

رسم بما هو آت :

مادة ١ ـ فيما عدا الأحوال الأخرى التى ينص عليها قانون الأحوال الشخصية لسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها تتبع الأحكام الآتية :

مادة ٢ ـ تسلب الولاية ويسقط كل ما يترتب عليها من حقوق عن :

١ ـ من حكم عليه لجريمة الاغتصاب أو هتك العرض أو لجريمة مما نص عليه فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة [٢] إذا وقعت الجريمة على أحد ممن تشملهم الولاية .

٢ـ من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد من تشملهم الولاية أو حكم عليه لجناية وقعت من أحد هؤلاء .

٣ ـ من حكم عليه أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

ويترتب على سلب الولاية بالنسبة إلى صغير سلبها بالنسبة إلى كل من تشملهم ولاية الولى من الصغار الآخرين فيما عدا الحالتين المشار إليها فى البند ٢ إذا كان

---

(١) الوقائع المصرية فى ٤ / ٨ / ١٩٥٢ ـ العدد ١١٨ .

(٢) صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة الدعارة ، ونص فى المادة ١٧ منه على إلغاء القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ (الجريدة الرسمية فى ١٤/ ٣ / ١٩٦١ ـ العدد ٦٢) .

هؤلاء الصغار من فروع المحكوم بسلب ولايته وذلك ما لم تأمر المحكمة بسلبها إليهم أيضا .

مـــادة ٣ ــ يجوز أن تسلب أو توقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية فى الأحوال الآتية :

١ ـ إذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقته .

٢ ـ إذا حكم على الولى لجـريمة اغتـصـاب أو هتك عـرض أو لجـريمـة ممانص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

٣ ـ إذا حكم على الـولى أكـثـر من مـرة لجـريمة تعـريض الأطفـال للخطر أو الحبس بغيـر وجـه حق أو لاعـتداء جـسيم مـتى وقـعت الجـريمة على أحـد من تشمله الولاية .

٤ ـ إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية دار من دور الاستصلاح وفقا للمادة ٦٧ من قانون العقوبات أو طبقا لنصوص قانون الأحداث المتشردين .

٥ ـ إذا عرض الولى للخطر صحـة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيتـه بسبب سوء المعاملة أو القدوة نتيجـة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ولا يشترط فى هذه الحالة أن يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال .

مـــادة ٤ ــ يحكم بسلب الولاية ولو كـانت الأسبـاب التى اقتـضت سلبـها سابقة لقيام الولاية أو لقيام سببها .

مـــادة ٥ ــ إذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو بوقفها عهدت بالصغير إلى من يلى المحكوم عليه فيها قانونا فإن امتنع أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية لذلك جاز للمحكمـة أن تعهد بالصغير إلى أى شخص آخر ولو لم يكن قريبا له متى كان معروفا بحسن السمعة وصالحا للقيام على تربيتـه أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجـتمـاعـيـة المعدة لهذا الغرض . وفى هذه الحـالة يجوز للمـحكمـة أن تفوض من عهدت إليه بالصغير بمباشرة كل أو بعض حقوق الولاية .

وإذا قضت المحكمـة بالحد من الولاية فوضت مباشـرة الحـقوق التى حـرمت الولى منها إلى أحد الأقارب أو إلى أى شخص مؤتمن أو إلى معهد أو مؤسسة مما ذكر على حسب الأحوال .

مــــادة ٦ ـ تقدر المحكمة نفقة للصغير على من تلزمه النفقة .

مــــادة ٧ ـ إذا وقعت الجريمة على صغير أو منه مما يوجب أو يجيز سلب الولاية جاز لسلطة التحقيق أو الحكم أن تعهد بالصغير إلى شخص مؤتمن يتعهد بملاحظته والمحافظة عليه أو إلى معهد خيرى معترف به من وزارة الشئون الاجتماعية حتى يفصل فى الجريمة أو فى شأن الولاية .

مــــادة ٨ ـ يجوز للمحكمة الجنائية حين تقضى بالعقوبة على الولى فى الحالات المنصوص عليها فى المادة الثانية وفى البنود الأربعة الأولى من المادة الثالثة أن تحكم أيضا بسلب الولاية أو الحد منها . أما ما يترتب على ذلك من تدابير وآثار فتحكم فيه المحكمة المختصة بناء على طلب النيابة أو ذوى الشأن وفقا لأحكام هذا القانون ولقانون المرافعات المدنية والتجارية .

مــــادة ٩ ـ فى الأحوال المنصوص عليها فى البندين ٤ ، ٥ من المادة ٣ يجوز للمحكمة بدلا من الحكم بسلب الولاية أو وقفها أن تعهد إلى وزارة الشئون الاجتماعية بالإشراف على تربية الصغير أو تعليمه إذا رأت فى ذلك مصلحة له وللوزارة المذكورة أن تفوض فى ذلك أحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض .

وإذا لم تتحقق الفائدة من هذا الإشراف لسبب يرجع إلى الولى جاز رفع الأمر للمحكمة للنظر فى سلب ولايته أو وقفها .

مــــادة ١٠ ـ يترتب على سلب الولاية على النفس سقوطها عن المال ولا يجوز أن يقام الولى الذى حكم بسلب ولايته وصيا أو مشرفا أو قيما ، كما لا يجوز أن يختار وصيا .

مــــادة ١١ ـ يجوز للأولياء الذين سلبت ولايتهم وفقا للبند ٢ أو ٣ من المادة الثانية أو سلبت ولايتهم أو بعض حقوقهم فيها وفقا لبندا أو ٢ أو ٣ من المادة الثالثة أن يطلبوا استرداد الحقوق التى سلبت منهم إذا رد اعتبارهم .

ويجوز لهم ذلك أيضا فى الأحوال المنصوص عليها فى البندين ٤ و٥ من المادة الثانية إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية .

مــــادة ١٢ ـ يقصد بالولى فى تطبيق أحكام هذا القانون الأب والجد والأم والوصى وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص .

مـــادة ١٣ ـ على وزيرى العدل والشئون الاجتماعية تنفيذ هذا القانون كل منهما فيما يخصه ، ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

صدر بديوان الرياسة فى ٨ ذى القعدة سنة ١٣٧١ (٣٠ يوليه لسنة ١٩٥٢)

* * *

(ثانياً)

المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢
بأحكام الولاية على المال [1]

مجلس الوزراء

بعد الاطلاع على المادتين ٤١ ، ٥٥ من الدستور ؛

وعلى القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٧ بإصدار قانون المحاكم الحسبية ؛

وعلى القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بإضافة كتاب رابع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية .

وبناء على ما عرضه وزير العدل ؛

رسم بما هو آت :

مـــادة ١ ـ يعمل فى مسائل الولاية على المال بالنصوص المرافقة لهذا القانون فيما عدا أحكام المادة ١٦ بالنسبة للأموال التى آلت للقاصر قبل العمل بهذا القانون .

مـــادة ٢ ـ يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة فى النصوص المرافقة لهذا القانون . [1]

مـــادة ٣ ـ على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

صدر بديوان الرياسة فى ٨ ذى القعدة سنة ١٣٧١ (٣٠ يوليو ١٩٥٢ م)

---

(١) الوقائع المصرية فى ٤ / ٨ / ١٩٥٢ ـ العدد ١١٨ . وتطبق أحكام هذا القانون على المصريين جميعا صرف النظر عن دياناتهم .

الباب الأول
فى القصـر

الفصل الأول
فى الولايــــة

مـــادة ١ ـ للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة .

مـــادة ٢ ـ لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو .

مـــادة ٣ ـ لا يدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك .

مـــادة ٤ ـ يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون .

مـــادة ٥ ـ لا يجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة .

مـــادة ٦ ـ لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه .

مـــادة ٧ ـ لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة .

ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة .

---

(١) القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ صدر فى ١٣ يوليو ١٩٤٧ وعمل به إعتبارا من أول يناير ١٩٤٨ ، وبموجبه حول المجالس الحسبية إلى محاكم بدرجاتها المختلفة وأناط بالنيابة العامة رعاية مصالح عديمى الأهلية والغائبين لدى هذه المحاكم . وتضمن هذا القانون ثلاثة كتب ، الأول خاص بالأحكام الموضوعية ، والثانى خاص بترتيب المحاكم الحسبية والإجراءات التى تتبع أمامها ، والثالث تناولت نصوصه أحكاما ختامية ووقتية . وبموجب القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ ألغى الكتابين الثانى والثالث من قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وضمت أحكام الإجراءات والتى كانت متناثرة فى فصوله إلى الكتاب الرابع من قانون المرافعات وخصص لها الباب الرابع منه ، وإذ صدر المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فقد ألغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ .

مـــادة ٨ ـ إذا كان مورث القاصر قد أوصي بأن لا يتصرف وليه فى المال المورث فلا يجوز للولى أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت اشرافها .

مـــادة ٩ ـ لا يجوز للولى إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة .

مـــادة ١٠ ـ لا يجوز للولى بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة .

مـــادة ١١ ـ لا يجوز للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفى حدود هذا الإذن .

مـــادة ١٢ ـ لا يجوز للولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة .

مـــادة ١٣ ـ لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال .

مـــادة ١٤ ـ للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

مـــادة ١٥ ـ لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها .

مـــادة ١٦ ـ على الولى أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير .

ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير فى تقديمها تعريضا لمال القاصر للخطر .

مـــادة ١٧ ـ للولى أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته .

مـــادة ١٨ ـ تنتهي الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة [١] ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه .

مـــادة ١٩ ـ إذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إذا قام به سبب من أسباب الحجر .

مـــادة ٢٠ ـ إذا أصبحت أموا ل القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها .

مـــادة ٢١ ـ تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولى غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة .

مـــادة ٢٢ ـ يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال .

مـــادة ٢٣ ـ إذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها .

ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض .

مـــادة ٢٤ ـ لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم أما الجد فيسأل مسئولية الوصى .

مـــادة ٢٥ ـ على الولى أو ورثته رد أموال القاصر إليه عند بلوغه . ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف .

ولا يحاسب الأب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر ومع ذلك يحاسب عن ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة .

مـــادة ٢٦ ـ تسرى على الجد الأحكام المقررة فى هذا القانون فى شأن الحساب .

---

(١) راجع الفقرة الثانية للمادة ٤٤ من القانون المدنى والتى تنص على أن « سن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » .

الفصل الثانى

فى الوصايــة

أولاً : فى تعـيـين الأوصـياء

مـــادة ٢٧ ـ يجب أن يكون الوصى عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة . ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصيا :

١ ـ المحكوم عليه فى جـريمة من الجـرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط .

٢ ـ من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته .

٣ ـ من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش .

٤ ـ المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

٥ ـ من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

٦ ـ من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدقا على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

٧ ـ من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر .

ويجب على كل حال أن يكون الوصى من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه .

مـــادة ٢٨ ـ يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٣ .

ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية فى أى وقت أن يعدلا عن اختيارهما .

وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها .

مـــادة ٢٩ ـ إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المسكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا ويبقى وصى الحمل وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره .

مـــادة ٣٠ ـ يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهم فى قرار تعيينه أو فى قرار لاحق ومع ذلك لكل من الأوصياء إتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمخضة لنفع القاصر .

وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع .

مـــادة ٣١ ـ تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته وذلك فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته .

(ب) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه مع من يمثله الوصى .

(جـ) إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فى البند (ب) .

(د) إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة المال .

(هـ) إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال .

(و) إذا كان الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

مـــادة ٣٢ ـ تقيم المحكمة وصيا مؤقتا إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر . وكذلك إذا أوقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته .

مـــادة ٣٣ ـ يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال .

مـــادة ٣٤ ـ تسرى على الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة أحكام الوصاية الواردة فى هذا القانون مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة مهمة كل منهم .

مـــادة ٣٥ ـ تنتهى مهمة الوصى الخاص والوصى المؤقت بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته أو المدة التى اقتضت بها تعيينه .

ثانيـاً

فى واجبـات الأوصيـاء

مـــادة ٣٦ ـ يتسلم الوصى أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقا لأحكام القانون المدنى .

مـــادة ٣٧ ـ للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر .

مـــادة ٣٨ ـ لا يجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة .

مـــادة ٣٩ ـ لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة .

(أولاً) جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله . وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

(ثانيا) التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة .

(ثالثا) الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

(رابعا) حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة .

(خامسا) استثمار الأموال وتصفيتها .

(سادسا) اقتراض المال وإقراضه .

(سابعا) إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى .

(ثامنا) إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

(تاسعا) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

(عاشرا) الإنفاق من مال القصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ .

(حادى عشر) الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر .

(ثانى عشر) رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

(ثالث عشر) التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام .

(رابع عشر) التنازل عن التأمينات واضعافها .

(خامس عشر) إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه .

(سادسا عشر) ما يصرف فى تزويج القاصر .

(سابع عشر) تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

مادة ٤٠ ـ على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع . وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر إتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص .

ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك .

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم .

ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص .

مادة ٤١ - إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما .

مادة ٤٢ - يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوى ومايتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة .

مادة ٤٣ - على الوصى أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف حسبما تشير به المحكمة كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى تقدره المحكمة إجماليا لحساب مصروفات الإدارة وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه .

ولا يجوز أن يسحب شيئا من المال المودع إلا بإذن من المحكمة .

مادة ٤٤ -على الوصى أن يودع باسم القاصر المصرف الذى تشير المحكمة به لإيداعه ما ترى لزوما لإيداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها ، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمها .

وليس له أن يسحب شيئا منها بغير إذن المحكمة .

مادة ٤٥ - على الوصى أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة .

ويعفى الوصى عن تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك .

وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته .

مـــادة ٤٦ ـ تكون الوصـاية بغيـر أجـر إلا إذا رأت المحكمـة بناء على طلب الوصى أن تعين أجرا أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين .

ثـالثـا

فى انتهـاء الوصاية

مـــادة ٤٧ ـ تنتهى مهمة الوصى :

١ ـ ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه .

٢ ـ بعودة الولاية للولى .

٣ ـ بعزله أو قبول استقالته .

٤ ـ بفقد أهليته أو ثبوت غيبته أو موته أو موت القاصر .

مـــادة ٤٨ ـ إذا توفرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أمرت المحكمة بوقفه .

مـــادة ٤٩ ـ يحكم بعزل الوصى فى الحالات الآتية :

١ ـ إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقا للمادة ٢٧ ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه .

٢ ـ إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر.

مـــادة ٥٠ ـ على الوصى خلال الثلاثين يوما التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو الولى أو الوصى أو الوصى المؤقت على حسب الأحـوال وعليـه أن يودع قلم الكتـاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال .

مـــادة ٥١ ـ إذا مات الوصى أو حجر عليه أو اعتبر غائبا التزم ورثته أو من ينوب عنه على حسب الأحوال تسليم أموال القاصر وتقديم الحساب .

مــــادة ٥٢ ـ يكون قابلا للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان فى وصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه فى المادة ٤٥ .

مــــادة ٥٣ ـ ١ ـ كل دعوى للقاصر على وصيه أو للمحجور عليه على قيمه تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تسقط بمضى خمس سنوات من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد أو رفع الحجر أو موت القاصر أو المحجور عليه .

٢ ـ ومع ذلك فإن انتهت الوصاية أو القوامة بالعزل أو بالاستقالة أو الموت فلا تبدأ مدة التقادم المذكورة إلا من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية أو القوامة .

مــــادة ٥٤ ـ للولى أن يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات[1] .

مــــادة ٥٥ ـ يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشر فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض .

مــــادة ٥٦ ـ للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة ولا أن يفى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك .

---

(١) تنص المادة ١٠٢٧ مرافعات على :- « إذا لم يطلب تسجيل الطلب أو رفض الإذن به وجب على قلم الكتاب أن يسجل فى الميعاد المذكور فى المادة السابقة القرارات النهائيه الصادرة بما يأتى :

١ ـ توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائيه أو إثبات الغيبة .

٢ ـ سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها .

٣ـ استمرار الولاية أو الوصاية .

٤ ـ سلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالإدارة أو الحد منها .

٥ ـ منع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته أو وقفها أو الحد منها أو وكيل الغائب من التصرف أو تقييد حريته فيه .

ويجب كذلك أن يؤشر على هامش هذه القرارت بكل قرار يصدر ملغيا أو معدلا لها » .

ولا يجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا .

مـــادة ٥٧ ـ لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذنا مطلقا أو مقيدا .

مـــادة ٥٨ ـ على المأذون له فى الإدارة أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى القاضى وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منها .

مـــادة ٥٩ ـ إذا قصـر المأذون له فى الإدارة فى تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو أساء التصرف فى إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله .

مـــادة ٦٠ ـ إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال كان ذلك إذناً له فى التصرف فى المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق .

مـــادة ٦١ ـ للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط .

مـــادة ٦٢ ـ للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة .

مـــادة ٦٣ ـ يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشر أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته .

ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية .

مـــادة ٦٤ ـ يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفى التقاضى فيه .

الباب الثاني

فى الحجر والمساعدة القضائية والغيبة

الفصل الأول . فى الحجر [1]

مـــادة ٦٥ ـ يحكم بالحجر على البالغ [2] للجنون أو للعته [3] أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة فى هذا القانون .

مـــادة ٦٦ ـ النفقات اللازمة للعناية بالمحجور عليه مقدمة على ما عداها .

مـــادة ٦٧ ـ يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون .

---

(١) لا يجب الخلط بين المنع من التصرف بسبب قيام عارض من عوارض الأهلية كجنون أو عته أو سفه أو غفلة والتى تستوجب الحجر القضائى ، وبين حالات أخرى من المنع من التصرف فرضها المشرع لإعتبارات خاصة ومنها :

١ ـ حالة المنع المنصوص عليها فى المادة ٢٥ / ٤ من قانون العقوبات .

٢ ـ حالة المنع المنصوص عليها فى المادة ٢٩٠ من قانون الإجراءات الجنائية .

٣ ـ حالة المنع المنصوص عليها فى المادتين ٢ ، ٣ من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ فى شأن تنظيم الحراسة وتأمين سلامة الشعب .

والحرمان المنصوص عليه فى تلك الحالات يتفق مع الحجر القضائى فى أن المقصود به غل اليد فى إدارة الأموال والتصرف فيها وفى تعيين نائب قانونى بمسمى مشابه أو مغاير يتم تعيينه بمعرفة القضاء . إلا أن هناك فروقا جوهريا بينهم ، ففى الحالة الأولى :فالحرمان أثر للحكم على الشخص بعقوبة الجناية وتقيم المحكمة الجنائية التى أصدرت الحكم فيما على المحكوم عليه لإدارة أمواله أو تعينه المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته بناء على طلب النيابة العامة أو كل ذى مصلحة وينتهى الحرمان بانقضاء مدة العقوبة .

وفى الحالة الثانية : فالحرمان أثر للحكم غيابيا بالإدانة للمتهم الغائب ولو كانت العقوبة من عقوبات الجنح وتعين المحكمة الابتدائية الواقع فى دائرتها أموال المحكوم عليه حارسا لإدارتها ، وتنتهى الحراسة بصدور حكم حضورى فى الدعوى أو بموت المتهم . أما الحالة الثالثة : فالحرمان يقوم إذا قامت دلائل جدية على أن الشخص أتى افعالا من شأنها الإضرار بأمن البلاد أو بالمصالح الأقتصادية المجتمع أو إفساد=

= الحياة السياسية أو تعريض الوحدة الوطنية للخطر أو إذا اتضخمت أمواله بسبب من الأسباب المشار إليها المادة الثالثة ، وتعين محكمة القيم ـ بتشكيل خاص ـ حارسا عاما تنقضى مهمته إما بالمصادرة أو بمضى خمس سنوات من تاريخ فرضها دون مصادرة أويرفعها .

(٢) يقصد بالبلوغ هنا بلوغ سن الحادية والعشرين بالتقويم الميلادى ، وما دون هذه السن لا يحكم عليه بالحجر بل يظل مشمولا بالولاية أو الوصاية على حسب الأحوال .

(٣) صدر فى شأن حجر المصابين بأمراض عقلية ـ جنون أو عته ـ القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٤ ، والآتى نصوصه :

نحن فاروق الأول ملك مصر

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتى نصه وقد صدقنا عليه وأصدرناه .

الباب الأول

مجلس المراقبـــة

مـــادة ١ ـ ينشأ بوزارة الصحة العمومية مجلس مراقبة للأمراض العقلية يختص بالنظر فى حجز المصابين بأمراض عقلية والإفراج عنهم وفى الترخيص بالمستشفيات المعدة لهم والتفتيش عليها طبقا لأحكام هذا القانون .

مـــادة ٢ ـ يشكل هذا المجلس على الوجه الآتى :

وكيل وزارة الصحة العمومية للشئون الطبية . رئيسا .

مدير قسم الأمراض العقلية بوزارة الصحة العمومية أو من يقوم مقامه .

المحامى العام لدى المحاكم الأهلية أو رئيس نيابة الإستئناف الافوكاتو العمومى الأول لدى المحاكم المختلطة أو أحد رؤساء النيابة (مدة فترة الإنتقال)

كبير الأطباء الشرعيين أو من يقوم مقامـــه .

موظف كبير يندبه وزيـــر الداخليـــــه .

موظف كبير يندبه وزير الشئون الإجتماعيـة .

أستاذ الأمراض العصبية بجامعة فـــؤاد الأول .

مندوب من قسم قضايا وزارة الصحة العمومية فى درجة نائب على الأقل .

أحد كبار أطباء مصلحة السجون أو من يقوم مقامه .

أحد كبار أطباء وزارة الصحة العمومية يعينه الوزير .

ويتولى سكرتيرته المجلس من يعينه وزير الصحة العمومية من الموظفين لهذا الغرض .

مـــادة ٣ ـ ينعقد المجلس فى المواعيد التى يحددها أو بناء على طلب الرئيس عند الحاجة ولا يكون انعقاده صحيحا إلا إذا حضره أكثر من نصف الأعضاء من بينهم أحد ممثلى النيابة العمومية وتصدر قراراته بأغلبية أصوات الحاضرين وإذا تساوت الآراء يرجح الرأى فى لمن جانبه الرئيس . =

- وله فى سبيل القيام بواجباته أن يطلب من المستشفيات وغيرها من الجهات المختصة كافة الاحصاءات والبيانات التى يرى لزومها .

الباب الثانى

حجر المصابين بأمراض عقلية والإفراج عنهم

مـــادة ٤ - لايجوز حجز مصاب بمرض فى قواه العقلية إلا إذا كان من شأن هذا المرض أن يخل بالأمن والنظام العام أو يخشى معه على سلامة المريض أو سلامة الغير وذلك طبقا لأحكام هذا القانون .

ولا يكون الحجز إلا فى المستشفيات المعدة لذلك سواء أكانت تلك المستشفيات حكومية أو خصوصية مرخصا بها .

ومع ذلك يجوز أن يكون الحجز فى منزل بأذن خاص من وزير الصحة العمومية بعد موافقة مجلس المراقبة ويشمل الإذن شروط الحجز ومدته .

مـــادة ٥ - إذا رأى طبيب الصحة أن شخصا مصابا بمرض عقلى فى حالة مما نص عليه فى المادة السابقة وجب عليه أن يأمر بحجزه بواسطة البوليس . وللنيابة أو لمأمور الضبطية القضائية من رجال البوليس كذلك إذا علم بمثل هذه الحالة أن يضع المشتبه فيه تحت الحفظ ويعرضه على طبيب الصحة للكشف عليه فى مدى ٢٤ ساعة على الأكثر من وقت القبض عليه فإذا اتضح للطبيب بعد فحصه أنه غير مريض بمرض عقلى مما نص عليه فى المادة السابقة وجب الإفراج عليه فورا .

أما إذا قامت شبهة عند الطبيب لدى الكشف أن الشخص فى حالة مما نص عليه فى تلك المادة دون أن يستطع القطع برأى فى ذلك يأمر بوضعه تحت الملاحظة لمده لا تتجاوز ثمانية أيام فى إحدى المستشفيات الحكومية غير المستشفيات المعدة للأمراض العقلية على أن يكشف عليه طبيبا كل يوم وفى نهاية مدة الملاحظة يقرر الطبيب أما الإفراج عنه أو حجزه .

وفى جميع الأحوال يحرر الطبيب تقريرا بنتيجة الكشف الذى أجراه ويكون الحجز فى أحد المستشفيات الحكومية المعدة لذلك إلا إذا رغب ذوو المريض أو من يقوم بشؤونه فى إيداعه أحد المستشفيات الخصوصية للأمراض العقلية .

مـــادة ٦ - يجوز لطبيب الصحة إيقاف تنفيذ أمر الحجز مؤقتا إذا لم تسمح حالة المريض الصحية بنقله . فإذا تجاوزت مدة إيقاف تنفيذ الأمر ٢٠ يوما وجب على الطبيب إخطار مجلس المراقبة فورا ليتخذ مايراه فى ذلك .

مـــادة ٧ - فى غير الأحوال المنصوص عليها فى المادة الخامسة لا يقبل المريض فى أحد المستشفيات المعدة للمصابين بأمراض عقلية بقصد حجزه إلا بناء على طلب كتابى من شخص تربطه بالمريض صلة القرابة أو المصاهرة أو ممن يقومون بشؤونه مشفوعا بشهادتين من طبيبين غير الأطباء الملحقين بالمستشفى يكون أحدهم موظفا بالحكومة تدلان على إصابة الشخص المطلوب حجزه بمرض عقلى مما نص عليه فى المادة الرابعة ، ولا يعمل بشهادة الطبيب إذا كان قد مضى على تاريخها أكثر

= من ١٠ أيام قبل تسليمها لمدير المستشفى أو إذا كانت قد صدرت من طبيب تربطه صاحب المستشفى أو مديره رابطه القرابة أو المصاهرة إلى الدرجة الثالثة .

مـــادة ٨ ـ يحدد وزير الصحة العمومية بقرار يصدره البيانات التى يجب أن يتضمنها الطلب أو الشهادتان وفى حالة عدم استيفاء هذه البيانات يجوز لمدير المستشفى أن يقبل المريض مؤقتا لحين استيفائها لمدة لا تتجاوز أسبوعين .

مـــادة ٩ ـ على مديرو المستشفيات أن يخطروا مجلس المراقبة كتابة عن حجز أى مريض به فى خلال ثلاثة أيام من حصوله وأن يقدم تقريرا عن حالته فى خلال الأربعة أيام التالية وبعد بحث حالة المريض يقرر مجلس المراقبة فى مدة ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ الحجز إما الموافقة على الحجز أو الإفراج عن الشخص المحجوز .

مـــادة١٠ ـ لا يكون قرار الموافقة على الحجز نافذ المفعول إلا لمدة سنة من تاريخ صدوره ويجوز لمجلس المراقبة قبل انقضاء هذه المدة أن يأمر بإمتداد الحجز لمدة سنة أخرى ثم لمدة سنتين ثم لمدة ثلاثة سنوات ثم لمدة خمس سنوات فخمس أخرى وهكذا .

ويكون الأمر بإمتداد الحجز بناء على تقرير يقدم للمجلس من مدير المستشفى عن حالة المريض وبيان سير المرض واستمرار الحجز والعلاج .

وللمجلس فى أى وقت أن يأمر برفع الحجز عن الشخص المحجوز إذا رأى أنه استعاد قواه العقلية وأن حالته أصبحت لا تدعو إلى استمرار حجزه .

ولمجلس المراقبة فى كل الأحوال أن يختبر المريض أو أن يندب عضوا أو أكثر لهذا الغرض كذلك أن يستعين بمن يرى ندبه من الأطباء الاخصائيين للكشف عليه .

مـــادة ١١ ـ إذا لم يصدر مجلس المراقبة قرارا بالموافقة على الحجز أو بإمتداده فى المواعيد المبينة فى المادتين السابقتين يرفع الحجز من تلقاء نفسه عن الشخص المحجوز .

مـــادة ١٢ ـ إذا هرب المريض المحجوز جاز القبض عليه وإعادة حجزه بالطريق الإدارى .

فإذا ذات مدة الهرب على ثلاثة أشهر وجب أن يعاد عرض أمره على مجلس المراقبة فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ القبض عليه وإذا جاوزت مدة الهرب ستة أشهر إعيدت إجراءات الحجز .

مـــادة ١٣ ـ لمدير المستشفى أن يأذن من وقت لآخر لأى من مرضاه الهادئين بقضاء النهار كله أو بعضه خارج المستشفى تحت رقابة كافية لأغراض لا تتنافى مع علاجه .

مـــادة ١٤ ـ إذا تم شفاء المريض المحجوز وجب على مدير المستشفى أن يرسل فورا خطابا موصى عليه إلى من أدخل المريض بالمستشفى أو من يقوم بشؤونه أو إلى شخص آخر بعثه المريض نفسه يطلب منه الحضور لاستلامه فى مدى سبعة أيام فإذا انقضت هذه المدة ولم يحضر أحد أو إذا رفض ذوو المريض استلامه يفرج عنه فورا ، وفى هذه الحالة تقوم الحكومة بنفقات ترحيل الفقير المفرج عنه من المستشفيات الحكومية إلى الجهة التى يطلب السفر إليها داخل القطر المصرى .

=

- وفى جميع الأحوال يخطر المستشفى الجهة الإدارية التى يتبعها المفرج عنه وإذا أصبح المريض فى حالة غير ما نص عليه فى المادة الرابعة يرفع عنه مدير المستشفى قيد الحجز وفى هذه الحالة يجوز للمريض لوليه أو لمن يقوم بشؤونه أن يطلب البقاء بالمستشفى إلى أن يتم شفاؤه .

مـــادة ١٥ ـ إذا تقدم طلب بالإفراج عن المريض المحجوز من شخص تربطه بصلة القرابة أو المصاهرة أو ممن يقوم بشؤونه وجب على مدير المستشفى أن يبت فى هذا الطلب فى مدى ثلاثة أيام من تاريخ تقديمه وفى حالة رفض الطلب وإصرار مقدمه عليه يرفع الأمر فورا إلى مجلس المراقبة من مدير المستشفى بتقرير عن حالة المريض والأسباب التى تبرر عدم الأفراج عنه وعلى المجلس أن يصدر قراره فى طلب الأفراج فى مدة لا تتجاوز ٢٠ يوما من تاريخ الأمر عليه ولا يقبل طلب أخر بالإفراج عن المريض قبل مضى ثلاثة أشهر من تاريخ صدور قرار المجلس .

مـــادة ١٦ ـ يجوز لمجلس المراقبة أن يأمر بالإفراج مؤقتا عن الشخص المحجوز للمدة وبالشروط التى يحددها . وله فى أى وقت أن يلغى هذا الأمر ويأمر بإعادة المريض بالطريق الإدارى إلى المستشفى الذى كان محجوزا فيه أو أى مستشفى أخرى للأمراض العقلية .

مـــادة ١٧ ـ يجوز لمدير المستشفى أن يخرج المريض بناء على موافقة أحد أقربائه أو من يقوم بشئونه إذا أصيب بمرض جثمانى ينذر بالموت .

مـــادة ١٨ ـ فى حالة الإفراج عن المريض المحجوز أو وفاته يخطر مدير المستشفى مجلس المراقبة بذلك فى مدى يومين من تاريخ الإفراج أو الوفاة .

مـــادة ١٩ ـ لا يجوز نقل مريض محجوز من مستشفى إلى آخر إلا بإذن من مجلس المراقبة .

مـــادة ٢٠ ـ على مدير المستشفى أن يبلغ النيابة عن حجز كل مريض فى مدى يومين من تاريخ دخوله المستشفى لتتخذ الوسائل اللازمة لحفظ أمواله .

مـــادة ٢١ ـ يجوز أن يقبل فى المستشفيات المعدة للمصابين بأمراض عقلية كل مصاب بمرض عقلى غير ما نص عليه فى المادة الرابعة بناء على طلب كتابى منه . كما يجوز قبوله بالمستشفى بناء على طلب كتابى من وليه أو ممن يقوم بشئونه وفى هذه الحالة تذكر فى الطلب البيانات المنصوص عليها فى المادة الثامنة ويجب على مدير المستشفى أن يرفع إلى مجلس المراقبة تقريرا عن حالته فى خلال يومين من قبوله بالمستشفى .

ويكون للمريض حق ترك المستشفى بناء على طلب كتابى منه أو ممن طلب إدخاله .

ومع ذلك إذا رأى مدير المستشفى أن حالته العقلية أصبحت مما نص عليه فى المادة الرابعة وجب عليه التحفظ على المريض وإخطار ذويه والبوليس فورا لذلك لإتخاذ إجراءات الحجز المنصوص عليها فى هذا القانون .

الباب الثالث

المحال المعدة لعلاج وإيواء المصابين بأمراض عقلية

مـادة ٢٢ ـ لايجوز إنشاء وإدارة مستشفى خصوصى لإيواء أو معالجة المصابين بأمراض عقلية إلا بناء على=

- ترخيص من وزير الصحة العمومية بعد موافقة مجلس المراقبة وهذا الترخيص شخصى لصاحبه ولا يمنح إلا لطبيب مرخص له بممارسة مهنته فى القطر المصرى أو لجمعيه خيرية أو لمؤسسة اجتماعية معترف بها وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام والاشتراطات المنصوص عليها فى أى قانون آخر .

مـــادة ٢٣ ـ يجب أن تتوافر فى المستشفى على الدوام الاشتراطات الآتية :.

١ ـ أن يتولى إدارة المستشفى وعلاج المرضى طبيب أو أكثر من الحاصلين على المؤهلات التى يحددها وزير الصحة العمومية بقرار منه .

٢ ـ أن تكون أمكنة المستشفى صحية حسنة التهوية ومتسعة اتساعا كافيا وموزعة توزيعا مناسبا .

٣ ـ أن يجعل لكل من الذكور والأناث جناح خاص وأن يرتب المرضى من كل جنس بحسب أعمارهم وطبيعة مرضهم .

٤ ـ أن يكون المستشفى مزودا بالوسائل الطبية والصحية الكافية وأن يكون له نظام داخلى يلائم حاجات المرضى وحالاتهم بما فى ذلك العدد الكافى من الأطباء وهيئة التمريض والخدم .

وفى حالة خلو وظيفة الطبيب المعالج من شاغلها فى إحدى المستشفيات الخصوصية يجب على صاحب الترخيص إبلاغ الأمر فورا إلى وزير الصحة العمومية بخطاب موصى عليه فى مدة لا تتجاوز شهر لشغل الوظيفة بطبيب آخر حائز المؤهلات المتقدم ذكرها إذا انقضت مدة الشهر بغير أن تشغل هذه الوظيفة جاز للوزارة أن تعين طبيبا لشغلها على نفقة صاحب الترخيص وذلك مع عدم الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون .

وفى جميع الأحوال يجب ألا يخلو المستشفى من طبيب معالج .

أما إذا تبين أن المستشفى الخصوصى غير مستوفى لأحد الاشترطات المتقدم ذكرها جاز لوزير الصحة العمومية بعد موافقة مجلس المراقبة أن يأمر بإلغاء الترخيص وغلق المستشفى إداريا .

مـــادة ٢٤ ـ يجوز أن يخصص فى المستشفيات المعدة لغير الأمراض العقلية مكان قائم بذاته لقبول الأشخاص المصابين بأمراض عقلية وفى هذه الحالة تطبق على المكان المذكور جميع أحكام هذا القانون .

مـــادة ٢٥ ـ على مدير المستشفى أن يضع فى كل قسم صندوقا للشكاوى التى يقدمها المرضى باسم مجلس المراقبة .

مـــادة ٢٦ ـ يجب أن يكون لدى مدير المستشفيات المعدة للمصابين بأمراض عقلية سجل من صورتين يدون فى كل منهما ١ سم كل مريض ولقبه وسنه وجنسيته والأوصاف المميزه له ومحل إقامته وتاريخ دخوله وخروجه واسم ولقب كل من طالب إدخاله وصناعته ومحل إقامته وموطنه وأى بيانات أخرى يقررها وزير الصحة كما يجب أن يحتفظ المستشفى للمدة التى يحد دها وزير الصحة العموحية بأوراق العلاج ومستنداته وبصورة فوتوغرافية لكل مريض لتكون تحت تصرف مجلس المراقبة . ولا يجوز الإطلاع على هذه السجلات و المستندات ولا إعطاء صورة منها إلا بإذن من مجلس المراقبة .

مـادة ٢٧ ـ يقوم مجلس المراقبة بالتفتيش على جميع المستشفيات المعدة للمصابين بأمراض عقلية سواء ـ

• •

- كانت حكومية أو خصوصية وعلى المحل المخصص للمصابين فى المنازل المأذون بحجزهم فيها طبقا للفقرة الثالثة من المادة الرابعة مرة كل سنة على الأقل ويشمل التفتيش تفقد حالة المرضى ووسائل علاجهم ومعاملاتهم والاطلاع على أوراق وسجلات المستشفى وعلى محتويات صندوق الشكاوى .

ويكون التفتيش من المجلس بكامل أهليته أو ممن ينتدب من أعضائه لهذا الغرض ويوضع تقرير فى كل حالة .

مـــادة ٢٨ - إذا تبين لمجلس المراقبة أن شروط الترخيص بالمستشفى الخصوصى أو المنزل المنصوص عليه فى الفقرة الثالثة من المادة الرابعة قد أصبحت غير كافية أو أن علاج الأشخاص المحجوزين فى المستشفى أو المنزل من شأنه تعريضهم أو تعريض الجمهور للخطر أو اقلاق راحة الجيران جاز له أن يقرر ما يراه لازما من الاشتراطات ويحدد المهلة الواجب تنفيذها فيها ويبلغ ذلك لوزير الصحة العمومية فإذا وافق عليها أصدر القرار اللازم بتكليف صاحب الشأن بتنفيذها .

وفى حالة عدم تنفيذ هذه الاشتراطات يكون لوزير الصحة العمومية أن يأمر بإلغاء الإذن فى الحالة المنصوص عليها فى الفقرة الثالثة من المادة الرابعة أو إلغاء الترخيص إذا كان المستشفى خصوصيا مع غلقه إداريا .

مـــادة ٢٩ - إذا توفى صاحب الترخيص أو صفيت الجمعية أو المؤسسة المرخص لها بإدارة المستشفى جاز لوزير الصحة العمومية بعد موافقة مجلس المراقبة الإذن للقائمين على تصفية الجمعية أو الهيئة بالاستمرار فى إدارة المستشفى لمدة لا تتجاوز سنة بالشروط التى يراها لازمة لذلك .

الباب الرابع

العقـــوبـــات

مـــادة ٣٠ - يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد على ١٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين :

(١) كل طبيب أثبت عمدا فى شهادته ما يخالف الواقع فى شأن الحالة العقلية لشخص ما بقصد حجزه أو الإفراج عنه .

(٢) كل من قبض أو حجز أو تسبب عمدا فى حجز أحد الأشخاص بصفته مصاب بأحد الأمراض العقلية فى غير الأمكنة أو الأحوال المنصوص عليها فى هذا القانون .

مادة ٣١ - يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز شهرين وبغرامة لا تزيد على ثلاثين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين :

(١) كل من مكن شخصا محجوزا طبقا لأحكام هذا القانون من الهرب أو سهل له أو ساعده عليه أو أخفاه بنفسه أو بواسطة غيره مع علمه بذلك .

(٢) كل من حال دون إجراء التفتيش المخول لمجلس المراقبة أو لمن ينتدبه لذلك طبقا لأحكام هذا القانون .

(٣) كل من رفض إعطاء معلومات فيما يحتاج إليه المجلس أو مندوبه فى أداء مهمته أو أعطى معلومات كاذبة وهو يعلم بكذبها .

(٤) من بلغ إحدى الجهات المختصة كذبا مع سوء القصد فى حق شخص بأنه مصاب بمرض عقلى مما نص عليه فى المادة الرابعة .

مـــادة ٣٢ - يعاقب بالحبس مدة لاتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على خمسن جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من كان مكلفا بحراسة أو تمريض أو علاج شخص مصاب بمرض عقلى وأساء معاملته -

مــادة ٦٨ ـ تكون القوامة للابن البالغ ثم الأب ، ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة .

مـــادة ٦٩ ـ يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى وفقا للمادة ٢٧ ومع ذلك

- أو أهمله بطريقة شأنها أن تحدث له آلاما أو ضررا . وإذا ترتب على سوء المعاملة مرض أو إصابة بجسم المريض تكون العقوبة الحبس مع الشغل مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات .

مــادة ٣٣ ـ كل مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تتجاوز سبعة أيام وبغرامة لا تزيد على مائة قرش صاغ أو بإحدى هاتين العقوبتين ويأمر القاضى بإغلاق المستشفى فى حالة مخالفة أحكام المادة ٢٢ ويجوز له الحكم بإغلاق المستشفيات الخصوصية فى حالة مخالفة أحكام المواد ٧ ، ٩ ، ٢٣ ، ٢٨ .

مــادة ٣٤ ـ لا تخل أحكام المواد ٣٠ . ٣١ ، ٣٢ ، ٣٣ بما يقضى به قانون العقوبات أو أى قانون آخر من عقوبات أشد كما لا تخل بالمحاكمات التأديبية .

الباب الخامس

أحكام عامة

مــادة ٣٥ ـ يعتبر مفتشو قسم الأمراض العقلية الذين يندبون بقرار من وزير الصحة العمومية من مأمورى الضبطية القضائية فى إثبات الجرائم التى تقع مخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات التى تصدر تنفيذا له ولهم بهذه الصفة الحق فى تفتيش جميع المستشفيات ودخول المحال المخصصة للمصابين فى المنازل المأذون بحجز المصابين بأمراض عقلية فيها ولهم كذلك الحق فى فحص السجلات والأوراق المنصوص عليها فى المادة ٢٦ .

مــادة ٣٦ ـ لا تخل أحكام هذا القانون بما تقضى به القوانين واللوائح المعمول بها بشأن المتهمين والمجرمين المعتوهين .

الباب السادس

أحكام مؤقتة

مــادة ٣٧ ـ يمنح أصحاب المستشفيات الخصوصية المعدة للمصابين بأمراض عقلية والموجودة فى تاريخ العمل بهذا القانون مهلة مدتها ثلاثة أشهر إبتداء من هذا التاريخ لتقديم طلب الترخيص طبقا لأحكام المادة ٢٢ .

مــادة ٣٨ ـ المرضى المحجوزون عند صدور هذا القانون بمستشفيات الأمراض العقلية الحكومية لقيد حجزهم صحيحا من تاريخ إدخالهم وتسرى بشأنهم سائر وإحكام هذا القانون .

أما المرضى المحجوزون فى مستشفيات خصوصية فيتعين عرض أمرهم على مجلس المراقبة فى خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ العمل بهذا القانون .

مــادة ٣٩ ـ على وزراء الصحة العمومية والداخلية والعدل والشئون الاجتماعية تنفيذ هذا القانون كل منهم فيما يخصه ويعمل به بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

ولوزير الصحة العمومية أن يصدر ما قد يلزم من القرارات لتنفيذه .

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بقصر عابدين فى ١٢ رمضان سنة ١٣٦٣ (٣١ أغسطس سنة ١٩٤٤) .

لا يحول قيام أحد السببين المنصوص عليهما فى البندين ١ ، ٤ من المادة المذكورة دون تعيين الابن أو الأب أو الجد إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك .

الفصل الثانى
فى المساعدة القضائية

مـــادة ٧٠ ـ إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ .

ويجوز لها ذلك أيضا إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد .

مـــادة ٧١ ـ يشترك المساعد القضائى فى التصرفات المشار إليها فى المادة السابقة .

وإذا امتنع عن الأشتراك فى تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى إبرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة فى ابرامه وفقا للتوجيهات التى تبينها فى قرارها .

وإذا كان عدم قيام الشخص الذى تقرر مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف .

مـــادة ٧٢ ـ يسرى على المساعد القضائى حكم المادة ٥٠ من هذا القانون .

مـــادة ٧٣ ـ يعتبر المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق أحكام المواد ١٠٨ و ٣٨٢ و ٤٧٩ من القانون المدنى [١] .

---

(١) تنص المادة ١٠٨ مدنى على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

كما تنص المادة ٣٨٢ مدنى على : « ١ ـ لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن =

الفصل الثالث

فى الغيبة

مـادة ٧٤ ـ تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية فى الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه .

(أولا) إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته [1] .

(ثانيا) إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية . واستحال عليه أن يتولى شؤنه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها .

مـادة ٧٥ ـ إذا ترك الغائب وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره .

مـادة ٧٦ ـ تنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتا .

= يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب . ٢ ـ ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا »

تنص المادة ٤٧٩ مدنى على : « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى » .

(١) راجع أحكام المفقود الواردة بالمادتين ٢١ ، ٢٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلتين بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ .

الفصل الثالث

فى الجـــزاءات

مـــادة ٨٤ ـ إذا قصر الوصى فى الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون أو أوقف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة جاز لها أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على مـائة جنيـه وحـرمـانه من أجـره كله أو بعـضه وعـزله أو بأحـد هذه الجزاءات .

ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزء منها .

ويجوز إعفاء الوصى من الجزاء المالى كله أو بعضه إذا نفذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم أو قدم أعذاراً تقبلها المحكمة .

مـــادة ٨٥ ـ إذا نفذ على ممتلكات النائب المحكوم عليه بالغرامة ثم صدر حكم بإقالته منها فلا حق له إلا فى استرداد ما حصل من التنفيذ .

أما إذا رسا المزاد على قلم الكتاب فلا يكون للمحكوم عليه إلا استرداد العين بعد دفع مصروفات التنفيذ ما لم يكن هناك مانع فإذا وجد فلا يكون له إلا استرداد الثمن الذى رسا به المزاد على قلم الكتاب بعد خصم كامل المصروفات .

مـــادة ٨٦ ـ إذا أخل النائب بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسئولا عما يلحق القاصر من ضرر بسبب ذلك وعلى كل حال يسأل مسئولية الوكيل بأجر .

مـــادة ٨٧ ـ تسرى أحكام المواد السابقة على القيم والمساعد القضائى والوكيل عن الغائب والوصى الخاص والوصى الموقت .

مـــادة ٨٨ ـ يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل وصى أو قيم أو وكيل انتهت نيابته إذا كان بقصد الإساءة قد امتنع عن تسليم أموال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو أوراقه لمن حل محله فى الوصاية أو القوامة أو الوكالة وذلك ما لم ينص القانون على عقوبة أشد .

المذكرة الإيضاحية
للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢

١ - فى ١٣ يوليو سنة ١٩٤٧ صدر القانون ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بإصدار تشريع المحاكم الحسبية . وكان هذا التشريع يمثل مرحلة انتقال امتازت من ناحية بتخويل المحاكم المدنية ولاية كاملة فى المسائل الخاصة بالولاية والوصاية والحجر والوكالة عن الغائبين والمساعدة القضائية وبتقنين كبير من الأحكام الخاصة بهذه المواد وتدارك ما كان يعتورها من نقص ، من ناحية أخرى . ولذلك كان طبيعياً أن يجمع مشروع كهذا بين القواعد الموضوعية وقواعد الإجراءات.

٢ - ولما اقترب موعد زوال المحاكم المختلطة رؤى أن من المصلحة أن يتضمن قانون المرافعات كتاباً تجمع فيه قواعد الإجراءات فى مسائل الأحوال الشخصية ومنها النظم الخاصة بحماية ناقص الأهلية والغائبين وغيرهم من المحتاجين إلى المساعدة ، حتى يكون هذا القانون كاملاً ، بوصفه مرجعاً لأحكام الإجراءات جميعاً بالنسبة إلى القضاء المصرى دون تفريق بين المصريين وغيرهم من المتقاضين . وفى ١٥ أغسطس سنة ١٩٥١ صدر القانون رقم ١٢٦ بإضافة الكتاب المتقدم ذكره وإلغاء قواعد الإجراءات فى قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ ، وبذلك اقتصرت نصوص قانون المحاكم الحسبية على القواعد الموضوعية وحدها .

٣ - وقد رؤى بعد أن تم اقتطاع قواعد الإجراءات من قانون المحاكم الحسبية على الوجه الذى تقدم ذكره أن تعاد صياغة نصوص ما تبقى من هذا القانون وأن ينتفع من هذه المناسبة لمسايرة الاتجاه العام إلى تقنين القواعد الخاصة بالمحجوزين ومن إليهم وتدارك ما كشف عنه عند العمل من عيوب تلك النصوص أو قصورها . وفى ضوء هذه الاعتبارات أعد المشروع المرافق ، فاتخذ من نصوص القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ أساساً وحرص بوجه خاص على أن يجلو ما غمض منها ويفصل ما أجمل من أحكامها ويتدارك ما تكشف من قصورها ، كما حرص على تقنين كثير من أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الموضوع.

٤ - ويراعى أن إصدار المشروع فى صورة قانون خاص لا ينبغى أن يستر ما بينه وبين القانون المدنى الجديد من أسباب التكامل والتواصل فلو أن المشروع أعد قبل صدور هذا القانون لأدمج فيه على غرار ما هو متبع فى التقنيات المدنية فى الدول الأخرى. وقد تضمن التقنين المدنى الجديد أحكاماً هامة فى الأهلية نصت على بعضها المواد من ٤٤ إلى ٤٨ وعلى بعض آخر المواد من ١٠٩ إلى ١١٨، كما أن المادتين ٤٧ و١١٨ أشارتا إلى اتباع القواعد المقررة فى القانون فيما يتعلق بأحكام الولاية والوصاية والقوامة وفيما يتعلق بالتصرفات التى تصدر من الأولياء والقامة. وهذه الإشارة تنصرف إلى قانون المحاكم الحسبية وإلى المشروع المرافق بوصفه التشريع الذى يحل محل هذا القانون ولذلك كان طبيعياً أن يعنى المشروع المرافق بالتنسيق بين ما جاء فيه من أحكام وبين القواعد التى قررها القانون المدنى فى المسائل المتقدم ذكرها على أنه لوحظ من ناحية أخرى أن القانون المدنى تضمنه الكثيرمن القواعد الخاصة بحماية عديمى الأهلية وناقصيها ومن إليهم ولذلك لم ير محلاً لإضافة هذه القواعد فى المشروع تجنباً للتكرار.

٥ - ويراعى فضلاً عما تقدم أن المشروع وإن كان قد عنى بتقنين الكثير من الأحكام الشرعية دون تقيد بمذهب معين إلا أنه لم يعمد إلى استقصاء هذه الأحكام جميعاً بل قنع بالقدر الضرورى منها ولذلك ينبغى التنبيه إلى وجوب الرجوع إلى أحكام الشريع الإسلامية حيث يخلو المشروع من حكم من الأحكام مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع ما تشتمل عليه نصوص المشروع من القواعد، ذلك أن أحكام الشريعة كانت ومازالت تعتبر شقاً مكملاً للقانون المدنى فى جميع مسائل الأهلية والحجر التى لم يصدر فى شأنها تشريع خاص كما أنها كانت ومازالت مصدراً تكميلياً لهذا القانون فى حالات نقص التشريع أو قصوره فى حدود ما نصت عليه المادة ١ من القانون المدنى.

٦ - وقد أعيد النظر فى ترتيب النصوص ورؤى أن تبوب تبويباً يعتد فيه بالاعتبارات العملية والمنطقية على حد سواء ولذلك وزعت هذه النصوص على أبواب ثلاثة عقد أولها للقصر وهو يشتمل على أحكام الولاية والوصايا والإذن. وأفرد الثانى للحجر والمساعدة القضائية والغيبة وجمع ثالثها أحكاماً عامة تتناول نظام المشرفين والجزاءات بوجه خاص.

الباب الأول

فى القصــر

٧ـ وزعت أحكام هذا الباب بين فصول ثلاثة تضمن أولها أحكام الولاية واشتمل الثانى على القواعد الخاصة بالوصاية وجمع الثالث ما يتعلق بالإذن للقاصر من نصوص. وقد روعى فى هذا الترتيب أن قيام الولاية والوصاية يسبق من الناحية المنطقية والزمنية الإذن للقاصر فى بعض الحدود وإذا كان المشروع قد خالف فى هذه الناحية ترتيب القانون القائم فمثل هذا الخلاف يتعلق بناحية الشكل ويقصد منه إلى تقويم سياق النصوص.

ولم ير إيراد تعريف للقاصر هذا الباب بعد أن أفرد القانون المدنى نصاً خاصاً لهذا التعريف فى المادة ٤٤.

الفصل الأول

فى الولايــة

٨ـ يشتمل هذا الفصل على الأحكام المتعلقة بالولاية وقد أضيف إلى هذه الأحكام الشيء الكثير رعاية لاستقرار المعاملات وتعرض النصوص أولاً لتعيين من يكون له الولاية ثم لنطاقها من حيث الموضوع ثم لسلطة الولى وواجباته وأخيراً العودة للولاية ووقفها وانقضائها. وأهم ما يراعى فى هذا الفصل أنه استحدث من القواعد ما يتفق مع طبيعة الولاية بوصفها سلطة تناط بالمصلحة دون سواها.

٩ـ وقد تكلفت المادة ١ بالنص على أن الولاية تكون للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد ا ختار وصياً. وقد رؤى تقديم وصى الأب على الجد لأن الأب أكثر علماً بمصالح ولده وهو بعد الحكم المتبع عند الحنفية. وقد نصت هذه المادة على أنه لا يجوز للولى أن يتنحى عن ولايته إلا بإذن من المحكمة. فالولاية واجبة فى الأصل ولكن يجوز للولى أن يطلب إقالته منها إذا كان فى ظروفه ما يقتضى ذلك – وقد جعل التنحى معقوداً بإذن المحكمة حتى يتخذ فى هذه المناسبة من الإجراءات ما يكفل مصالح من تشمله الولاية.

١٠ـ وقضت المادة ٢ بأنه لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا

التدبير من الآباء لسبب دقة هذه الأوصاف فالأخذ بالتفرقة القديمة فى الوقت الحاضر لا يكفل استقرار المعاملات وهى بعد تفرقة تكاد تكون معطلة فى العمل نتيجة لعموم أحكام القانون المدنى الخاص بحماية المتعاملين حسنى النية.

١٥ - ففيما يتعلق بحق التصرف لم يتجه المشروع إلى التقييد إلا فى الحالات التى تقتضى مزيداً من الضمانات بالنظر إلى ظروف الولى نفسه أو إلى خطورة التصرف فى المال. وتمشياً مع هذا الاتجاه نصت المادة ٦ على عدم جواز تصرف الولى فى عقار الصغير لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة. ولم يصدر المشروع فى هذه الحالة عن دفع شبهة المحاباة فى بعض الصور بقدر ما صدر عن رعاية مصلحة الصغير ومصلحة الأب نفسه. فمن مصلحة الصغير أن يتوافر له ضمان الإذن الصادر من المحكمة للتحقق من عدالة المقابل ومن مصلحة الأب أن يكون ولده مطمئناً إلى أن التصرف لم ينطو ولو عن غير قصد على إخلال بحقوقه ونصت المادة ٦ أيضاً على عدم جواز رهن مال الصغير فى دين على الولى نفسه لأن الرهن غالباً ما يفضى إلى استيفاء الدين من مال الصغير وفى إباحة الرهن ما ييسر للأب الالتجاء إليه كلما وقع فى ضيق مالى. وقد رؤى أن يجنب الصغير والأب على حد سواء هذا الخطر رعاية لمصلحتيهما.

١٦ - كذلك نصت المادة ٧ على أنه لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة بعد أن تعقدت المعاملات وأضحى الأب بحاجة إلى أن يلتمس بعض التوجيه فى هذه المناسبات. إلا أن هذه المادة عنيت ببيان الضوابط التى تستهدى بها المحكمة فى إصدار الإذن أو الامتناع عن إصداره فالأصل فى الأب أنه يصدر فى تصرفه عن رعاية مصلحة الصغير ومتى تحققت هذه المصلحة لم يكن ثمة وجه للامتناع عن الإذن. إلا أنه رئى أن ينص صراحة على جواز رفض الإذن فى حالتين: الأولى حالة تعريض أموال القاصر للخطر من جراء التصرف. كما لو أريد بيعها نسيئة لشخص غير مأمون اليسار. ويراعى أن الرفض فى هذه الحالة يبنى على توافر سبب من أسباب سلب الولاية، والحالة الثانية حالة زيادة الغبن فى الثمن عن خمس القيمة وفقاً للأحكام المقررة فى القانون المدنى وهى حالة كانت تستوجب بطلان تصرف الأب فى الشريعة الإسلامية.

ويلاحظ أنه لم يقصد من هذه الأحكام استحداث قيد على سلطة الولى بقدر ما قصد منها إلى تدبير إجراء وقائى أصله مستقر فى أحكام الشريعة الإسلامية والمشروع الراهن، ذلك أن هذه الأحكام تقرر سلب الولاية فى حالة تعريضه أموال القاصر للخطر ويقصد منها إلى توفير أكبر قسط من الضمانات لرعاية مصالح المشمولين بالولاية.

١٧ - وقضت المادة ٨ بأنه إذا كان مورث القاصر قد أوصى بألا يتصرف وليه فى المال المورث فلا يجوز أن يتصرف الولى فيه إلا بإذن من المحكمة، وقد استقى المشرع أصل هذا الحكم من بعض التقنينات الأجنبية. والعلة فيه أن انتقال المال إلى القاصر من طريق الميراث لا يسوغ إهدار ضمانات رأى مورثه أن يشترطها لمصلحته وفى الكثرة الغالبة من الحالات تتصل البواعث التى تحدو على اشتراط هذا القيد بالحرص على تربية الصغير أو تعليمه أو إيثاره بنصيب من المال نظراً لإصابته بمرض لايرجى برؤه أو بعاهة تقعده عن العمل. ومع ذلك فلم يجعل المشروع من مقتضى شرط المورث منع الولى من التصرف أن تكف يد الولى إطلاقاً ويحال بينه وبين تصرف تمليه مصلحة الصغير وإنما أبيح له التصرف بإذن من المحكمة. وبديهى أن إشراف المحكمة من طريق منح الترخيص أو الإذن يوفق بين رغبة المورث فى تحقيق الأغراض التى رمى إليها من الشرط وبين ماتتطلبه المصلحة أحياناً من التصرف فى مال الصغير.

١٨ - أما فيما يتعلق بالإدارة فقد نصت المادة ٩ على أنه لا يجوز للأب إقراض مال ولده الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن من المحكمة حتى تتحقق من أن الإقراض أو الاقتراض لن يضير مال القاصر أو يعرضه للضياع. ونصت المادة ١٠ على منع الولى من تأجير عقار القاصر لمدة تجاوز بلوغه سن الرشد إلا بإذن من المحكمة باعتبار أن الولاية تنقضى ببلوغ هذه السن ونصت المادة ١١ على أنه لا يجوز للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفى حدود هذا الإذن. وقد استمد هذا النص من بعض التقنينات الأجنبية وروعى فى الأخذ به ما للاستمرار فى التجارة من أهمية بالنسبة إلى مسئولية القاصر فى ماله وما ينبغى أن يتوافر فى الولى الذى يؤذن له بالاستمرار من خبرة خاصة فى هذا الشأن.

١٩ - ويتصل بحالات الإذن ما نصت عليه المادة ١٢ من منع الولى من قبول

الهبات أو الوصايا نيابة عن الصغير إذا كانت محملة بالتزامات معينة إلا بإذن من المحكمة. ذلك أنه قد يكون فى الالتزام المقترن بالتبرع ما يذهب بجدواه ويحيله عبئاً على الصغير. ولذلك رؤى من الأنسب أن تستأذن المحكمة حتى تتثبت من رجحان مصلحة الصغير فى قبول تلك الهبات أو الوصايا.

٢٠ - وبديهى أن عدم الحصول على إذن المحكمة فى جميع الحالات التى يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الولى أو عقده بوجه عام غير نافذ فى حق الصغير لانتفاء النيابة.

٢١ - على أنه رؤى من الإسراف إخضاع الولى للقيود المتقدم ذكرها فيما يتعلق بالتصرف فى المال الذى يكون الولى نفسه قد تبرع به للقاصر سواء أكان التبرع سافراً أم مستتراً. فنصت المادة ١٣ على أن القيود المنصوص عليها فى هذا القانون لا تسرى على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً وأن الأب لا يلزم بتقديم حساب عن هذا المال والمقصود بهذا النص إعفاء الولى من إجراءات الحصول على إذن من المحكمة حيث يشترط الإذن لجواز التصرف وإعفاؤه كذلك من الأحكام الخاصة بالالتزام بالجرد وبتقديم الحساب والمسئولية عند التجهيل.

٢٢ - وقد نصت المادة ١٤ على أن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك ففيما عدا الاستثناءات التى ينص عليها هذا المشروع أو التى ينص عليها قانون آخر يكون للأب حق التعاقد مع نفسه باسم القاصر ولا تسرى عليه أحكام الماد ١٠٨ من القانون المدنى الخاصة بمنع الشخص من التعاقد مع نفسه وقد رأى المشروع فى ذلك الإبقاء على المبدأ الذى تقرره الشريعة الإسلامية ولاسيما أن افتراض وفرة الشفقة فى الأب يشفع فى إعفاء الأب من القواعد العامة المتعلقة بهذا المنع. ولا يتمتع بحكم المادة ١٤ من المشروع من الأولياء إلا الأب وحده.

٢٣ - وقد عرضت المادة ١٥ للجد فقضت بأنه لا يجوز له بغير إذن من المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها. وبديهى أن الجد بوصفه ولياً يخضع لجميع القيود التى يخضع لها الأب بهذا

الوصف. ولكن إذا كان للأب فيما عدا ما ورد فى شأنه نص خاص حرية التصرف فالجد على النقيض من ذلك لا يملك أن يتصرف فى المال ولا أن يتصالح ولا أن يتنازل عن التأمينات أو أن يضعفها إلا بإذن من المحكمة وقد ساير المشروع فى ذلك أحكام التشريع القائم.

٢٤ - وألزمت المادة ١٦ الولى أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من تاريخ بدء الولاية أو من تاريخ أيلولة المال إلى الصغير وقد أريد من هذا الحكم الحد من أعمال الأحكام المقررة فى شأن موت الولى مجهلاً. وغنى عن البيان أن من العسير تطبيق أحكام التجهيل فى الوقت الحاضر نظراً لتغير الظروف الاجتماعية.

هذا وقد تكفلت المادة نفسها ببيان الجزاء على التخلف عن القيام بالتكليف الذى تقرره فأجازت للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير فى تقديمها بمثابة تعريض لمال القاصر للخطر. والنص كما هو ظهر يقيم قرينة غير قاطعة يكون للمحكمة كامل السلطان فى تقديرها وهى لا ترتب أثرها إلا إذا قررت المحكمة الأخذ بها لسبب ملابسات التخلف أو التأخير.

٢٥ - وقد تناولت المادة ١٧ حق الولى فى الإنفاق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه كما تناولت حقه فى الإنفاق من مال الصغير على من تجب عليه النفقة. وإذا كان المشروع لم يقيد استعمال هذا الحق بشرط الحصول على ترخيص من القضاء نظراً لما بين الولى والصغير من روابط فمن المفهوم أن النص رغم إطلاق عباراته لا يخول الولى أن ينال من مال الصغير أى قدر يراه بل ينبغى أن يلاحظ أن ثمة ضوابط تتحكم فى تقدير النفقة وهذه الضوابط التى ترجع فى جوهرها إلى فكرة « الأخذ بالمعروف » تقتضى فى النفقة تعيين القدر المناسب بالنظر إلى الحالة الاجتماعية للولى والصغير ولمقدار ثروة هذا الأخير هذا ويلاحظ أن النفقة تقتضى من الريع فى الأصل ولا يجوز أن يستتبع استعمال حق الإنفاق التحلل من القيود الخاصة بوجوب الحصول على ترخيص بإجراء بعض التصرفات التى تمس أصل المال.

٢٦ - أما النصوص الباقية فتعرض لانقضاء الولاية وما يتصل بذلك من أحكام

وقد واجهت المادة ١٨ حالة انقضاء الولاية انقضاءً طبيعياً فقضت بأن الولاية تنتهي ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية فمتى بلغ الصغير هذه السن رشيداً زالت عنه الولاية بحكم القانون أما إذا آنس الولي في الصغير عارضاً من العوارض التي تحول دون كمال الأهلية عند بلوغ السن المقرر في القانون وآنس أنه سيبلغ غير رشيد فله أن يطلب استمرارها إلى ما بعد بلوغه هذه السن ومتى استوثقت المحكمة من قيام العارض أو شاطرت الولي رأيه في عدم إيناس الرشد قضت باستمرار الولاية قبل بلوغ الصغير الحادية والعشرين وفي هذه الحالة تظل الولاية قائمة إلى أن يزول سبب استمرارها بقرار من القضاء. وإذا لم يصدر حكم باستمرار الولاية إلى ما بعد بلوغ الحادية والعشرين انتهت الولاية ولم يعد هناك سبيل لرعاية مصالح من بلغ هذه السن متى قام به سبب من أسباب الحد من الأهلية - ولو كان سابقاً على البلوغ - إلا الالتجاء إلى إجراءات الحجر وتمشياً مع هذا المبدأ نصت المادة ١٩ على أنه إذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إذا قام به سبب من أسباب الحجر والنص في صيغته هذه ينصرف إلى الحالة التي تنتهي فيها الولاية انتهاءً طبيعياً ببلوغ المشمول بالولاية سن الرشد.

٢٧ - وطبيعي أن الولاية تنقضي كذلك بموت الولي أو بزوال أهليته كما أنها تنتهي بموت الصغير قبل بلوغه ولم ير محل للنص على هذه الأحكام لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة.

٢٨ - على أن ثمة حالة قد تنقضي بها الولاية انقضاءً غير طبيعي في جملتها أو في شق منها كما أن من الحالات ما تعن فيه الحاجة إلى وقف الولاية. ولذلك نصت المادة ٢٠ على أنه إذا أصبحت أموال القاصر في خطر لسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها فإذا اشتهر عن الولي سوء التدبير أو الإهمال الجسيم في رعاية أموال الصغير كأن يترك الغير يحوزها بغير حق مثلاً أو كأن يدرج على التصرف في المنقول بفاحش الغبن أو كأن يهمل في إدارة المال إهمالاً جسيماً أو كأن يعهد بالإدارة إلى من لا يؤتمن عليها كان للمحكمة أن تسلب ولايته أو أن تقرر الحد منها لأن الولاية منوطة بالمصلحة فمتى انتفت وجب أن تزول.

٢٩ - وكذلك نصت المادة ٢١ على أن تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولي غائباً أو اعتقل تنفيذاً لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة لأن هذه

الظروف تحول دون قيام الولى على أموال الصغير فعلاً ويستتبع أن يوكل أمرها إلى شخص آخر على سبيل التوقيت واستكمالاً لهذه الأحكام قضت المادة ٢٢ بأنه يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال وقد صدر المشروع فى تقرير هذا الحكم عن فكرة زوال لياقة من تسلب أو توقف ولايته على النفس لتولى الشؤن المالية لأن سبب السلب أو الوقف يكون فى الغالب ارتكاب جرائم لا يتصور معها توافر هذه اللياقة. ويلاحظ أن سلب الولاية أو الحد منها أووقفها يستتبع تنصيب وصى يلى شئون الغير إلى أن ترد الولاية أو يتقرر إطلاقها أو إعمالها بعد وقفها. فإذا وقع ذلك وكان الصغير لايزال دون الحادية والعشرين عادت إليه الولاية وبديهى أن هذه الصور تخرج من نطاق تطبيق المادة ١٩ التى تقدمت الإشارة إليها.

٣٠ - وقد تضمنت المادة ٢٣ حكماً عاماً فى شأن عودة الولاية من بعد سقوطها أو الحد منها أووقفها فقضت بأنه إذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها. وأضاف إلى ذلك أنه لا يقبل طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض. وقد قصد من هذا ا لنص إلى تعليق عودة الولاية على قرارمن المحكمة صيانة لمصالح الصغير ومصالح الغير كما قصد إلى الإقلال من الخصومات المتعلقة بعودة الولاية وإفساح المجال الزمنى للتثبت من استرداد الولى لصلاحيته فنص على عدم قبول طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه إلا بعد انقضاء السنتين المشار إليهما.

٣١ - هذا وقد عرضت المادة ٢٤ لمسئولية الأب عن أعمال الولاية فقصرتها على حالة الخطأ الجسيم كأن يتصرف فى المال بغبن فيكون مسئولاً قبل الصغير عن التعويض وعلة هذا الحكم أن الأب متبرع من ناحية ثم أن ما بينه وبين الصغير من روابط ينبغى أن يكون شفيعه فى يسير الخطأ إبقاءً على الرباط العائلى من أن يؤثر فيه الرجوع على أساس الخطأ اليسير وهو خطأ يغلب وقوعه. ويحسن أن يغتفر فى حدود الأب بولده فضلاً عن أن الولى قد يقع فى الخطأ اليسير فى مال نفسه. أما الجد فقد عومل معاملة الوصى.

٣٢ - ووضعت المادة ٢٥ حكماً عاماً يلزم الولى أو ورثته برد أموال الصغير إليه

عند بلوغه أو برد قيمة ما تم التصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف أما فيما يتعلق بالريع فلم ير المشرع أن من المناسب أن يكون محلاً لحساب ولا سيما أن بعض التشريعات الأجنبية تجعل للأب حق انتفاع على أموال الصغير ما بقيت الولاية قائمة رعاية لمركز الأب ودعماً لأسباب السلام العائلى وكذلك الشأن فيما تبرع به الولى للصغير فهو لا يلزم بتقديم حساب عنه لأنه هو مصدر المال ... إلخ. على أن المشروع استثنى من قاعدة عدم المحاسبة ريع المال الذى وهب للصغير لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة لأن فى إطلاق تطبيق هذه القاعدة تفويتاً لغرض الواهب.

٣٣ - بيد أن المشروع رأى أن يغاير فى الحكم فيما يتعلق بالجد فقضى فى المادة ٢٦ بأن الأحكام المقررة فى شأن حساب سائر المتولين تسرى على الجد. ومفهوم هذا الحكم أن تلك الأحكام تطبق فى شأن الجد سواء فيما يتعلق برأس المال أم فيما يتعلق بالريع.

الفصل الثانى

فى الوصاية

٣٤ - جمع المشروع فى هذا الفصل الأحكام المتعلقة بالوصاية فعرض أولا لتعيين الأوصياء وتناول بعد ذلك واجباتهم وعالج أخيرا انتهاء الوصاية وقد رئى أن تكون هذه الأحكام مفصلة لتواجه كثيرا من الحالات التى لم يعرض لها القانون الحالى وإذا كان نظام المشرفين متصلا بالوصاية إلا أنه رئى إيراد القواعد المتعلقة بهذا النظام فى الباب الذى أفرد للأحكام العامة باعتبار أن المشرف يتولى مهمته إلى جانب الوصى كما يتولاها إلى جانب القيم.

(أولا) فى تعيين الأوصياء

٣٥ - لا تقتصر النصوص التى تضمنها المشروع تحت عنوان تعيين الأوصياء على شروط التعيين ولكنها تتناولها بيان أنواع الوصاية فيما يتعلق بنطاق العمل الذى يناط بالوصى وهى لذلك تعرض لحالة تعدد الأوصياء وحالة الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة.

٣٦ - وتبدأ المادة ٢٧ النصوص الخاصة بتعيين الأوصياء فتنص على الشروط التى يجب توافرها فى الوصى ويراعى أن هذه الشروط تسرى فى شأن الوصى

المختار ووصى القاضى على حد سواء فإذا تخلفت تلك الشروط انتقلت أهلية الموصى لتولى شئون الوصاية يستوى فى ذلك أن يكون هذا التخلف واقعا عند ابتداء الوصاية أو بعد تقرير قيامها ويشترط فى الوصى بوجه عام توافر العدالة والكفاية وكمال الأهلية والمفهوم من اصطلاح الكفاية أن يكون الوصى أهلا للقيام على شئون الصغير بخصوصها .

٣٧ ـ وقد عقب النص على القاعدة العامة بإيراد تطبيقات ساقها مساق التمثيل وإن انطوت جميعا على قرائن قاطعة تحول دون تولية الوصى . فلم يجز أن يعين وصيا المحكوم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة لانتفاء العدالة أو الكفاية . وقد رئى أن فى إطلاق هذا الحكم ما قد يحول دون تعيين وصى ممن تربطهم بالصغير روابط القربى ويغلب فيهم البريه . ولذلك أجيز استثناء نزولا على حكم الضرورات التجاوز عن هذا الشرط إذا كانت قد انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات . وتمشيا مع المبدأ نفسه نص على عدم جواز تولية من يحكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته . ووجه هذا الحكم أن قيام هذه الحالة قد يكون سببا من أسباب سقوط ولاية الأب أو الجد على النحو الذى تقدم تفصيله فى شأن الولى ويتصل بذلك أيضا عدم جواز تولية من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش نظرا لانتفاء العدالة أو الكفاءة على حسب الأحوال .

٣٨ ـ وقد نص كذلك على عدم جواز تولية المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره لأن الحكم بالإفلاس يستتبع الحد من الأهلية فضلا عن أن تولية المفلس قد تفضى إلى تعريض مال الصغير للخطر بسبب ارتباك أحوال وصيه أو ملاحقة الدائنين له . ونص أيضا على عدم جواز تولية من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر لأن انتفاء الصلاحية غير قابل للتجزئة والتفاوت باختلاف الحالات كما نص على عدم جواز تولية من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من أن يكون وصيا لأن الأب أعلم بمصالح ولده وأخبر بالاعتبارات الخاصة التى تبرر مثل هذا الحرمان على أنه يشترط فى هذه الحالة أن يبنى الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك دفعا لإساءة استعمال الحق واقتداء بالمادة ٢٧ من قانون أحكام الوقف كما يشترط أن يكون الحرمان ثابتا بورقة رسمية أو عرفية مصدق على

الإمضاء فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

٣٩ ـ ونص أخيرا على عدم جواز إسناد الوصاية إلى من يوجد بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو إلى من يكون بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان فى ذلك كله ما يخشى منه على مصلحة القاصر . وعلة الحرمان فى هذه الحالة هى الإشفاق من تعريض مصلحة القاصر للخطر بسبب تعارضها مع مصالح من يرشح للوصاية أو بسبب التثبت من أن قيام العداوة لا يؤمن معه رعاية هذه المصلحة . فإن اتضح مثلا أن النزاع القضائي ليس من شأنه أن يعرض مصالح القاصر للخطر وتوافرت فيمن يرشح للوصاية سائر أسباب الصلاحية جاز تعيينه وصيامع نصب وصى آخر للخصومة .

٤٠ ـ وقد رأى المشروع الإبقاء على التقليد الذى كان مقررا من قبل فاشترط فى آخر فقرة من المادة ٢٧ أن يكون الوصى من طائفة القاصر أو من أهل مذهبه إن لم تتوافر الصلاحية فى أحد المنتمين إلى طائفته أو من أهل دينه بوجه عام إن لم يوجد فى أبناء طائفته أو مذهبه من يصلح للقيام بشئون الوصاية .

٤١ ـ وقد أفرد المشروع بعد ذلك مادتين لكيفية تعيين الوصى فنص فى المادة ٢٨ على أن يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ذلك أيضا للمتبرع فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٣ .

٤٢ ـ وقد راعى المشروع فى تخويل الأب حق الاختيار أنه أعلم من غيره بمن يصلح للوصاية على ولده كما أنه رئى إثبات هذا الحق للمتبرع لأن تبرعه ينطوى على خير الصغير يغلب معه حسن الاختيار فيمن يعهد إليه بالوصاية ولاسيما أن أغراض المتبرعين قد تتفاوت ويكون لهم بحكم تبرعهم مصلحة فى أن يرشحوا أكثر الناس أهلية لتحقيق الأغراض . على أن المادة نفسها اشترطت أن يكون الاختيار ثابتاً بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو بورقة مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه حسما للمنازعات الخاصة بالإثبات وغنى عن البيان أن مثل هذا الاختيار يخرج مخرج الوصى فيجوز العدول عنه فى أى وقت ويتبع فى إثبات العدول ما يتبع فى إثبات الاختيار ذاته .

٤٣ ـ على أن اختيار الوصى من قبل الأب أو المتبرع لا يغنى عن توافر

الشروط المتعلقة بصلاحية تولى شئون الوصاية ولا يحول دون تثبت المحكمة من توافر الشروط فإن تحققت من توافرها قررت تثبيت الوصى المختار وإلا تعين عليها أن تنظر فى تعيين وصى تتوافر فيه شروط الصلاحية .

٤٤ - وعرضت المادة ٢٩ القاعدة العامة فى تعيين الأوصياء فقضت بأن المحكمة تعين الوصى إذا لم يكن القاصر أو للحمل المستكن وصى مختار وأضافت إلى ذلك حكما آخر مؤداه أن وصى الحمل المستكن يظل وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره ويستوى فى هذا أن يكون وصى الحمل معينا من قبل القاضى أو وصيا مختارا تم تثبيته وفقا لأحكام المادة السابقة .

٤٥ - على أن مصالح الصغير قد تكون متشعبة متنوعة كما أن منها ما قد يكون ذا طابع خاص يحتاج إلى خبرة خاصة . وقد يطرأ ظرف عارض يتطلب تدبير حماية وقتية عاجلة لمصالح الصغير . وقد تعن الحاجة إلى مجرد الدفاع عن مصالح الصغير فى نزاع بخصوصه . ولذلك عرضت المواد ٣٠ و٣١ و٣٢ و٣٣ لتعدد الأوصياء والوصى الخاص المؤقت ووصى الخصومة .

٤٦ - فنصت المادة ٣٠ على أنه يجوز تعيين أكثر من وصى واحد إن اقتضت الضرورة ذلك وبديهى أن المحكمة هى المرجع الأخير فى تقدير هذه الضرورة فى ضوء ظروف الصغير وظروف من يرشح للوصاية وتنوع المصالح التى يراد حمايتها . فمن الأوصياء من يكون أهلا للقيام على شئون الزراعة ومنهم من لا يحسن إلا القيام على شئون استغلال صناعى أو تجارى ومن المصالح ما قد يتطلب تعدد القائمين عليه رغم تجانس خبرتهم وتقارب مؤهلاتهم رغبة فى توفير ضمانات الشورى .

٤٧ - إلا أن حالة تعدد الأوصياء تتطلب تنظيما لاختصاصاتهم درءا لأسباب الخلاف والتراحم فيما بينهم ولذلك عنيت المادة نفسها بالنص على أن الأصل هو اشتراك الأوصياء عند التعدد فلا يجوز لأحدهم أن ينفرد بالتقرير واستثنت من هذا الأصل حالتين : الأولى حالة تعيين المحكمة اختصاصا لكل من هؤلاء الأوصياء كما لو عهدت لأحدهم بالقيام على شئون العقارات الزراعية وللآخر بالقيام على شئون مصنع أو متجر ولثالث بالقيام على شئون العقارات المبنية فى المدن . والمرجع فى حدود الاختصاص الذى يجوز الانفراد به هو نص القرار الصادر من المحكمة .

والثانية حالة الإجراءات الضرورية أو العاجلة التى تتمخض لمصلحة القاصر كما هو الشأن فى الطعن فى الأحكام قبل انقضاء مواعيد الطعن فيها أو فى تجديد قيد الرهون أو اتخاذ الإجراءات القضائية العاجلة صيانة لحق القاصر . وقد نصت المادة نفسها على أنه عند اختلاف الأوصياء المتعددين يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع . وغنى عن البيان أنه لا يجوز للمحكمة فى ظل النصوص التى تضمنها المشروع فى هذا الشأن أن تعين وصيا منضما مع الإذن له بالانفراد بالإدارة .

٤٨ - ونصت المادة ٢٩ على أن للمحكمة أن تقيم وصيا خاصا تحدد مهمته وذلك فى الحالات الآتية :

(أ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته .

(ب) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى .

(ج) إذا أريد إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو الغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فى الحالة الثانية .

ويلاحظ فى صدد هذه الحالات أمران : أولهما أن المقصود بتعارض المصالح هو التعارض الذى لا يبلغ حدا يخشى معه على مصالح القاصر لأن هذا النوع الأخير يعتبر سببا لسلب الولاية أو لعزل الوصى . ومرجع الفصل فى حقيقة التعارض هو تقدير المحكمة فى كل حالة بخصوصها فى ضوء الظروف والملابسات التى تتعلق بشئون القاصر . والأمر الثانى أن الحالة الثالثة لا تعدو أن تكون صورة من الصور التى لا تتوافر فيها مظنة التعارض .

٤٩ - وتضيف المادة نفسها حالتين آخريين يجوز للمحكمة أن تقيم فيهما وصيا خاصا أولاهما حالة صدور تبرع للقاصر يشترط فيه المتبرع منع الولى من إدارة المال المتبرع به وفى هذه الحالة تسرى على هذا المال أحكام الوصاية وتعين المحكمة له وصيا خاصا وهذا هو الحكم المقرر فى القانون الحالى والحالة الثانية هى الحالة التى تستلزم فيها الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال المؤقتة كما هو الشأن فى تصفية بعض القراطيس المالية أو فى تدارك الاضطراب فى الشئون المالية لمتجر من

المتاجر فى فترة من فترات الأزمات وما إلى ذلك . وأخيرا تضمنت المادة حكما يواجه حالة عدم تمتع الولى بالأهلية اللازمة لمباشرة حق من حقوق الولاية وجعلتها من بين الحالات التى يعين فيها وصى خاص يتولى مباشرة هذا الحق بخصوصه .

٥٠ ـ ويلاحظ أن الوصى الخاص يتميز عن غيره من ناحية توفره على عمل معين وشأن معين من شئون القاصر ومن ناحية توقيت مهمته فى أغلب الأحيان .

٥١ ـ وتنص المادة ٣٢ على أن المحكمة تقيم وصيا مؤقتا إذا أوقف الولى وكذلك إذا أوقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته كما لو أصيب الوصى بمرض شديد أو انصرف إلى مهمة تقتضى التفرغ الكامل ورأت المحكمة أن المصلحة تقتضى بقاءه إلى أن يزول المانع .

٥٢ ـ وتنص المادة ٣٣ على أنه يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال وقد روعى فى ذلك أن تعيين وصى الخصومة قد يكون ضرورة لا غنى عنها لحماية مصالح القاصر .

٥٣ ـ وغنى عن البيان أن تنوع أوضاع الأوصياء لا ينفى اتحاد طبيعة مهمة الوصى ولذلك نصت المادة ٣٤ على أنه « تسرى على الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة أحكام الوصاية الواردة فى هذا القانون مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة عمل كل منهم » .

٥٤ ـ وأخيرا نصت المادة ٣٥ على أن مهمة الوصى الخاص والوصى المؤقت تنتهى بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته أو المدة التى قضت بها ولا يخل هذا الحكم بالقواعد العامة التى ينص عليها المشروع فى شأن انتهاء الوصاية بوجه عام وإنما هو يعنى فى هذا النص بحالة خاصة من حالات انتهائها .

(ثانيا) فى واجبات الأوصياء :

٥٥ ـ نصت المادة ٣٦ نسجا على منوال بعض التشريعات الأجنبية على أن الوصى يتسلم أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقا لأحكام القانون المدنى ويتكفل هذا النص ببيان معيار العناية الذى يؤخذ به الوصى ويعين مدى مسئوليته عن التفريط فى واجبه ويسرى هذا المعيار على الوصى مأجورا كان أم غير مأجور لأن الوصاية تفترض دائما توافر أكبر قدر من العناية بمصالح القاصر .

٥٦ - وقد رئى أن الوضع بعد هذا الحكم نص عام فى شأن الضمانات التى يقدمها الوصى ونصت المادة ٣٥ على أن للمحكمة أن تلزم الوصى تقديم تأمينات بالقيمة التى تراها وأن مصاريف تقديم هذه التأمينات تكون على حساب القاصر .

ويلاحظ أن تقديم التأمينات ليس واجبا على الوصى فى جميع الحالات بل هو أمر تقدره المحكمة وفقا لظروف كل حالة فى ضوء جسامة المصالح التى يتولى الوصى القيام عليها ومبلغ ملاءمة الوصى وائتمانه .

٥٧ - وتعرض المواد من ٣٨ إلى ٤٣ لواجبات الولى فى التصرف فى أموال القاصر وإدارتها فتنص المادة ٣٨ على أنه لا يجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة . وقد رئى توحيد الحكم الخاص بجواز التبرع لأداء مثل هذه الواجبات العائلية أو الإنسانية بالنسبة إلى الولى والوصى لأن الوجوب مترتب على مال القاصر نفسه ولأن قضاء حق الإنسانية أو العشيرة لا يتصور فيه التفاوت أو الاختلاف فى الحالتين ولاسيما أن فى استئذان المحكمة ضمانا يكفل استعمال هذه الرخصة فى حدود الضرورة بغير اسراف .

٥٨ - وتتضمن المادة ٣٩ بيانا بالتصرفات التى لا يجوز للوصى أن يباشرها إلا بإذن من المحكمة . فتنص أولا على وجوب الحصول على إذن فى جميع التصرفات التى يكون من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك فى جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة كالقسمة أو الصلح وقد رئى أن يكون النص عاما شاملا للتصرفات المتقدم ذكرها نظرا لأهمية الثروة العقارية فى مصر . وتوجب الفقرة ثانيا من المادة نفسها الحصول على إذن للتصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل منها فى أعمال الإدارة كبيع المحصول أو بيع ما جرى العرف ببيعه من نتاج المواشى فمثل هذه التصرفات تستثنى من نطاق الإذن . ومعيار التفرقة بين ما يعتبر من أعمال التصرف وما يعتبر من أعمال الإدارة هو المساس برأس المال ويقصد برأس المال أصل المال الذى آل إلى القاصر وما أضيف إليه من نماء . فكل تصرف ينطوى على إخراج جزء من رأس المال من الذمة أو على ترتيب حق عينى عليه يعتبر من أعمال التصرف وما عدا ذلك يعتبر من أعمال الإدارة ما لم يقض القانون أو العرف بغير ذلك كما هو الشأن مثلا فى الإجارة التى تجاوز مدتها ثلاث سنوات .

وتنزل الفقرة ثالثا الصلح والتحكيم منزلة أعمال التصرف التى يجب الإذن لمباشرتها لأن الصلح يقترن بالنزول عن حق ثابت أو مدعى به ولأن التحكيم صلح من وجه بيد أنها تستثنى من ذلك حالة الصلح أو التحكيم فيما هو من أعمال الإدارة إذا كانت القيمة أقل من ١٠٠ جنيه .

٥٩ - وتوجب الفقرة رابعا من المادة نفسها الحصول على إذن فى حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة لخطورة هذه التصرفات من حيث مساسها بالضمانات الفعلية العقارية للدائن أو المدين لأن المدينين قد يتفاوتون فى الحرص على الوفاء بالحقوق كما أن الدائنين يتفاوتون فى التعنت فى المطالبة والرفق فيها . وتجعل الفقرة خامسا استثمار الأموال وتصفيتها مشروطا بالحصول على إذن ويقصد بالاستثمار فى هذا الصدد توظيف المال بقصد الحصول على ربح أيا كانت صورة هذا التوظيف كما لو أريد مثلا شراء نوع من الأسهم أو السندات أو دفع جزء من المال إلى أحد التجار على سبيل الشركة أو لاستغلاله فى عملية معينة .

٦٠ - هذا ويلحق بذلك التصرفات اقتراض المال وإقراضه لأن الاقتراض غالبا ما يؤدى إلى ترتيب مسئوليات يجب التثبت من وجاهة العلة التى تبررها كما أن الإقراض ينطوى على مخاطرة برأس المال ومثل هذه المخاطرة لا يلجأ إليها إلا إن اقتضت المصلحة ضرورة ذلك .

٦١ - وتعرض الفقرتان سابعا وثامنا للإيجار فتوجب الحصول على إذن إذا كانت مدة الإجارة تجاوز ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية أو سنة فى المبانى وكذلك إذا كانت المدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد .

٦٢ - وتتناول الفقرة تاسعا قبول التبرعات بشرط أو رفضها . وللحكم الخاص بهذه التبرعات نظير فى الفصل الذى أفرد للولاية وهو يطبق من باب أولى على الأوصياء لنفس العلة .

٦٣ - وكذلك أوجبت الفقرة حادى عشر الحصول على إذن للوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر ويخرج عن ذلك كل وفاء يتم بناء على حكم من الأحكام أو بناء على سند رسمى واجب التنفيذ على أن يراعى أن الوفاء فى هاتين الحالتين لا يبرىء الوصى من حق المسئولية عن إهماله أو تواطئه إذا تبين أن القاصر لم يكن ملزما بالوفاء .

٦٤ - ولما كانت مباشرة إجراءات للتقاضى تتطلب حظا من حسن التقدير لما تكبد من نفقة وما ينطوى فيها من مخاطر لذلك اشترطت الفقرة ثانى عشر وجوب الحصول على إذن لرفع الدعاوى حتى تتثبت المحكمة من سلامة الأسباب التى تحدو على ذلك . على أن النص استثنى من ذلك الدعاوى التى يكون فى تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له كما هو الشأن فى الدعاوى المستعجلة بوجه عام والدعاوى التى يعين القانون لرفعها مواعيد قصيرة كدعاوى الضرائب والشفعة ودعاوى الحيازة ففى مثل هذه الدعاوى لا يلزم الوصى بالاستئذان متى توافر مبرر الإسراع فى رفعها على أنه يلاحظ أن هذا الإجراء قد شرع لمصلحة القاصر فلا يجوز للخصم الذى ترفع عليه الدعوى أن يتمسك به .

٦٥ - وتقضى الفقرة ثالث عشر بوجوب الحصول على إذن للتنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية عن هذه الأحكام ويقصد بالحقوق فى تطبيق هذا النص معناها الأعم فيدخل فيها الشفعة وحق الطعن فى الأحكام والتمسك بالتقادم أو بضرورة الإثبات بالكتابة . وتمشيا مع هذه الفكرة اشترط الإذن فى التنازل عن الدعاوى وفى قبول الأحكام القابلة للطعن لأن القبول ينطوى على معنى التسليم بقضاء الحكم والتنازل عن حق الطعن كذلك فى التنازل عن الطعون بعد رفعها . ورؤى أن يكون الطعن فى الأحكام بالطرق غير العادية خاضعا لإجراءات الإذن لأن فرص النجاح فى سلوك هذه الطرق محدود فضلا عن نفقاتها وهذه أمور تتطلب تقديرا خاصا يحسن أن تهيمن عليه المحكمة .

٦٦ - وتقضى الفقرة رابع عشر بالحصول على إذن فى التنازل عن التأمينات أو اضعافها لأنه ينطوى على تفويت مصلحة للصغير فينبغى أن يتثبت القضاء من قيام المبررات التى تدعو إلى مثل هذا التنازل قبل الإذن به .

٦٧ - وقد رؤى اشتراط الإذن فى إيجار الوصى مال القاصر لنفسه وكذلك لزوجه أو لأحد أقاربها إلى الدرجة الخامسة أو لم يكن الوصى نائباً عنه وقد روعى فى هذا الحكم الأخذ بالاعتبارات التى صدرت عنها المادة ١٠٨ من القانون المدنى فى منع تعاقد النائب مع نفسه دون ترخيص من الأصيل وجعل للمحكمة نفسها أن تعطى هذا الترخيص فى صورة الإذن بعد التثبت من توافر مصلحة للقاصر فى ذلك .

٦٨ ـ هذا وقد أوجبت الفقرات عاشرا وسادس عشر وسابع عشر الحصول على إذن للإنفاق من مال الصغير على من تجب عليه نفقتهم ما لم تكن النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ وللإنفاق فى تزويج القاصر بما يتناسب وحالته الاجتماعية وفقا للعرف الجارى وللإنفاق على تعليم القاصر ومباشرته مهنة معينة ويقصد بالتعليم فى أحكام هذا النص جميع صور التحصيل النظرى والتدريب على المهن أو الحرف ومناط الإذن فى هذه المصارف كلها هو التناسب مع حالة القاصر المالية واستعداده وظروف البيئة مع المحافظة بقدر الإمكان على أصل المال .

٦٩ ـ ولما كانت القسمة تصرفا له خطره فقد أوجبت المادة ٤٠ على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى إجرائها على هذا النحو ولم يكن بد من إحاطة هذا القسم بضمانات لحماية مصلحة القاصر . ولذلك نصت المادة نفسها على أنه يتعين على المحكمة إذا أذنت أن تبين الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع كما أوجبت على الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وتركت أخيرا للمحكمة حرية تقدير وجوب الالتجاء إلى إجراءات القسمة القضائية فى جميع الأحوال . وتضيف المادة ذاتها إلى الأحكام المتقدمة أنه فى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص وأن لهذه المحكمة أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لهذا الغرض عند الاقتضاء وإذا رفضت المحكمة التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم ، وبديهى أن الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية فى تكوين الحصص يقوم مقام التصديق المتقدم ذكره .

٧٠ ـ وقد فصلت الأحكام المتقدم ذكرها إعمالا للإحالة المشار إليها فى المادة ٨٤٠ من القانون المدنى وهى التى تقضى بأنه إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وجب تصديق المحكمة على القسمة بعد أن يصبح الحكم نهائيا وذلك وفقا لما يقرره القانون .

٧١ ـ وقد استحدثت المادة ٤١ حكما جديدا فى شأن القسمة فقضت بأنه إذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف

القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما . وقد استقى هذا الحكم من القانون المدنى الايطالى وأريد منه إلى دفع كل ضرر جسيم قد يلحق بمصالح المحجور عليه أو الغائب من جراء التعجيل بقسمة المال الشائع . ومن المفهوم أو وقف القسمة مدى السنوات الخمس يجب أن يقتصر على مدة القصر أو الحجر أو الغيبة ، أما إذا بلغ القاصر أو رفع الحجر أو حضر الغائب قبل انتهاء هذه المدة فلاشك فى أن وقف الإجراءات يزول بزوال مقتضيه .

٧٢ ـ فمن المفروض ما تكون فيه قسمة المال الشائع ضارة كل الضرر بمصالح القاصر كما هو الشأن لو هبطت أثمان العقارات هبوطا جسميا فى فترة من الفترات وكان مآل هذا المال البيع لعدم إمكان القسمة أو البيع بثمن بخس بعد القسمة وكما هو الشأن فى الحالات التى يكون فيها بقاء الشيوع ضمانا لحسن استغلال العين الشائعة بما فى ذلك نصيب القاصر ويتحقق ذلك فى الأراضى الزراعية مثلا عندما يكون شركاء القاصر من المتخصصين فى الزراعة ويكون هو من قطان المدن كما يتحقق فى حالة ما إذا كان القاصر شريكا فى متجر أو بمصنع يتولى إدارته أحد الشركاء . وغنى عن البيان أن فى النص الجديد تقييدا لحق الشركاء فى طلب القسمة بيد أن ايراد هذا القيد لا يتنافى مع القواعد العامة المقررة فى القانون المدنى فقد نصت المادة ٨٣٤ من القانون المدنى على أن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق خاص . وما من شك فى أن نص المشروع على تقييد حق الشريك فى طلب قسمة العقار الذى يكون أحد المشتاعين فيه قاصرا أو ناقص أهلية بوجه عام روعى فيه حماية مصلحة القاصر وهى مصلحة أقل أن تتعارض مع مصالح الشركاء الباقين ولاسيما متى لوحظ أن هذا التقييد مؤقت لا يتجاوز مدته خمس سنوات .

بيد أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن النص الجديد لا يتناول إلا حالة الشيوع الناشئة عن الميراث فى أموال بخصوصها فهو لا يطبق على القسمة التى تكون نتيجة للتصفية كما هو الشأن فى التركات .

٧٣ ـ وتتناول المواد من ٤٢ إلى ٤٤ صورا خاصة من واجبات الوصى فى المحافظة على مصالح القاصر وأمواله فتوجب المادة ٤٢ على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من

إجراءات التنفيذ كما توجب عليه أن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة . فقد ترى المحكمة أن الصلح فى الدعوى أو التسليم بحق المدعى فيها أكفل بتحقيق مصلحة القاصر فتأذن بالصلح أو تأمر الوصى بالإقرار بالحق المدعى به تفاديا لنفقات التقاضى ومخاطره بعد أن تتثبت من وجه المصلحة فى ذلك .

٧٤ - وتوجب المادة ٤٣ على الوصى أن يودع باسم القاصر احدى خزانات الحكومة أو أحد المصارف حسبما تشير المحكمة على كل ما يحصله من نقود بعد استيفاء النفقة المقررة والمبلغ الذى تقدره المحكمة اجماليا بحساب مصاريف لإدارة وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمها كما توجب عليه أن يستأذن المحكمة كلما أراد أن يسحب شيئا من المال المودع . وقد قصد من هذا النص من ناحية إلى المحافظة على أموال القاصر كما قصد به من ناحية أخرى الى إحكام الرقابة على إدارة الوصى عن طريق وجوب الحصول على إذن سابق لسحب الأموال المودعة وتتضمن المادة ٤٤ حكما مماثلا لحكم المادة ٤٣ فيما يتعلق بالأوراق المالية والمجوهرات والمصوغات وغيرها مما ترى المحكمة لزوما لإيداعه وفى هذه الحالة يتعين على الوصى ايداع ما ترى المحكمة لزوما لإيداعه فى أحد المصارف على الوجه المتقدم ولا يجوز له أن يسحب شيئا مما أودع إلا باذن من المحكمة ويراعى فيما يتعلق بالمجوهرات والمصوغات أن الإيداع لا يكون واجبا إلا فيما عدا ما يتطلبه الاستعجال العادى وفقا للعرف الجارى فى البيئة الاجتماعية التى ينتمى إليها القاصر .

٧٥ - وتعرض المادة ٤٥ للحساب فتوجب على الوصى أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة وأن يقدم حسابا خلال الثلاثين يوما التالية لانتهاء الوصاية إذا استبدل غيره به على أنه رئى أن مثل هذا التكليف لا يخلو من مشقة لا تتكافأ مع القاعدة المرجوة منه فيما لو كانت أموال القاصر لا تزيد على ٥٠٠ج ولذلك نصت المادة نفسها على إعفاء الوصى من تقديم الحساب السنوى فى هذه الحالة ما لم تر المحكمة غير ذلك والحكم كما هو واضح من النص لا يتناول إلا الإعفاء من الحساب السنوى وحده أما الحساب الذى يقدم عند انتهاء الوصاية فلا يعفى الوصى منه بحال .

٧٦ - وأخيرا تقرر المادة ٤٦ أن الأصل فى الوصاية أن تكون بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجرا أو أن تمنحه مكافأة على عمل

معين وغنى عن البيان أن المكافأة لا تمنح إلا للأوصياء غير المأجورين الذى جد لهم أثناء الوصاية عمل غير متوقع يتطلب من الجهد والتفرغ ما يبرر مثل هذه المكافأة .

(ثالثا) فى إنتهاء الوصايـة

٧٧ ـ جمع المشروع النصوص الخاصة بانتهاء الوصاية فى صعيد واحد فعرض لبيان أسباب زوال الوصاية أو وقفها كما عرض لتنظيم ما يترتب على انتهاء الوصاية من نتائج وقد تناولت المادة ٤٧ بيان حالات انتهاء الوصاية فنصت على أن الوصاية تنتهى ببلوغ القاصر احدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه وعلى أنها تنتهى كذلك بعودة الولاية للولى بقرار من المحكمة المختصة وعلى أنها تنتهى أيضا بعزل الوصى أو قبول استقالته أو فقده أهليته أو ثبوت غيبته أو موته أو موت القاصر . ويراعى أن فقد الأهلية لا يستتبع انتهاء الوصاية إلا إذا صدر قرار بذلك من المحكمة ما لم يكن الفقد راجعا إلى العته أو الجنون فتسرى أحكام القانون المدنى .

وقد عقبت المادة ٤٨ بالنص على أن المحكمة تأمر بوقف الوصى إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزله . وفى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته ومتى أمرت المحكمة بالوقف وجب أن تقيم وصيا مؤقتا وفقا لنص المادة ٣٠ ولها أن تأمـر الوصـى الذى أوقـفـتـه بأن يعـاون الوصى المؤقت فى أى عـمل ترى أن من المصلحة أن تستمر المعاونة فيه إلى أن ينتهى .

٧٨ ـ وفـصلت المادة ٤٩ أسـبـاب عـزل الوصى فنصت على أنه يحكم بعـزل الوصى أولا ـ إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه لأن شروط صلاحيـة الوصى تعتبر من قبيل شروط الابتداء والبقاء على حـد سواء . ثانيا ـ إذا أسـاء الإدارة أو أهمل فـيـهـا أو أصبح فى بقـائه خطر على مصلحـة القاصر كما لو ارتبكت شئون الوصى المالية على نحو ينذر بإفلاسه أو إعساره وكما لو جدت له مصلحة فى منشأة تنافس المنشآت الصناعية المملوكة للقاصر .

٧٩ ـ وأيا كان سبب انتهاء الوصاية فقد أوجبت المادة ٥٠ على الوصى أن يسلم خلال الثلاثين يوما التالية لانتهاء وصايته جميع الأموال التى تكون فى عهدته للقاصر متى كان قد بلغ سن الرشد أو إلى ورثته فى حالة موته أو إلى وليه أو وصيه المؤقت أو وصيه بحسب الأحوال ويتم التسليم بمحضر خاص .

٨٠ ـ وقد واجهت المادة ٥١ حالة وفاة الوصى أو الحجر عليه أو ثبوت غيبته فنقلت الالتزام بالتسليم وتقديم الحساب عن الوصاية إلى ورثته أو من ينوب عنه على حسب الأحوال . ويلاحظ فى التزام وارث الوصى التفريق بين ما يتصل منه بتسليم مال القاصر الذى كان فى يد وصيه ووثائق الوصاية وما يتصل منه بالمسئولية عن عدم وجود هذا المال أو عن الحساب . فوارث الوصى يلتزم التزاما مطلقا بتسليم ما يوجد من أموال القاصر ووثائق الوصاية ويسأل مسئولية شخصية عن إتلافه أو تبديده أو ضياعه ولكنه لا يسأل عما يكون واجبا فى ذمة مورثه من جراء مسئوليته عن التقصير أو الخيانة أو الحساب إلا فى حدود ما يؤول إليه من مال المورث دون زيادة ، ولا يرجع إليه على أساس هذه المسئولية عن ماله الخاص .

٨١ ـ وقد أجازت المادة ٥٢ طلب إبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان مشمولا بوصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب وقد روعى فى هذا الحكم أن من الواجب أن يتاح للقاصر الذى يرشد فرصة معقولة لدراسة موقفه من الوصى والاطلاع على الحساب والاسترشاد بذوى الخبرة فكل ورقة تصدر منه فى هذه الفترة تعتبر أنها وليدة الاستهواء أو الضغط من جانب الوصى أو النزق أو قلة الخبرة من جانب القاصر أو من هذه الأمور مجتمعة أما بعد مضى هذه الفترة فتخالص الرشيد لا يحمل إلا على أنه تروى فى أمره وصدر فيه عن خبرة وبينة . وبديهى أن البطلان فى هذه الحالة لا يقع بقوة القانون فهو بطلان نسبى قصد منه إلى حماية مصلحة الرشيد فى الفقرة المتقدم ذكرها فلا يترتب أثره إلا بناء على طلبه . ويحسن أن ينتبه إلى أن هذا البطلان وإن بنى على فكرة الاستغلال أو عيوب الرضا فى مفهومها الواسع إلا أنه يستقل عن الجزاءات المشابهة التى تقررت بنصوص خاصة فى القانون المدنى .

وتختتم المادة ٥٣ النصوص المتعلقة بانتهاء الوصاية فنص على أن كل دعوى للقاصر على وصيه أو أو للمحجور عليه على قيمه تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية أو القوامة ويلاحظ أن هذا التقادم الخمسى الخاص لا يتناول إلا الدعاوى الشخصية التى تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة كالدعاوى التى ترفع على الوصى أو القيم للمطالبة بتعويض عن سوء إدارته أو لمطالبته بتقديم حساب عن الوصاية أو القوامة أو حساب

جزئى خاص بأمر أغفله فى الحساب الذى تقدم به ، أما الدعاوى الأخرى كدعاوى المطالبة برد الأموال التى يبقيها الوصى أو القيم فى يده بعد انقضاء الوصاية سواء أكانت من العقارات أو المنقولات وكالدعاوى الخاصة بالمطالبة بالمبالغ التى تخلفت فى ذمة الوصى أو القيم بعد تقديم الحسابات والدعاوى الخاصة بتصحيح خطأ مادى فى الحساب فتخضع جميعا للقواعد العامة فى التقادم لأنها ليست متعلقة بأمور الوصاية .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن التقادم الخمسى الخاص يبدأ من وقت انتهاء الوصاية أو القوامة ببلوغ القاصر رشيدا أو برفع الحجر أو بموت القاصر أو المحجور عليه أما مجرد الإذن للقاصر أو المحجور بالإدارة فهو لا يعتبر من صور انتهاء للوصاية أو القوامة فى أحكام هذا النص وعلى ذلك لا تسقط دعاوى القاصر على الوصى أو القيم حتى فى حدود الإدارة إلا بانقضاء خمس سنوات من تاريخ انتهاء الوصاية أو القوامة على الوجه المتقدم .

على أنه رئى أن يكون تاريخ تقديم حساب الوصاية أو القوامة بدءا لسريان مدة التقادم المتقدم ذكرها فى حالة انتهاء الوصاية أو القوامة بالعزل أو بالاستقالة أو بالموت .

الفصل الثالث

فى القاصر المأذون

٨٣ - عالج المشروع فى هذا الفصل الأحكام المتعلقة بالقاصر المأذون وقد استحدث فى شأنها الشيء الكثير نزولا على ما تقتضيه الضرورات العملية وحاجة المعاملات إلى التمكين لأسباب الاستقرار فاستحدث من الأحكام ما يواجه حالات إذن الولى للقاصر وحالات إذن القضاء له وحالات تخويل القاصر أهلية جزئية على سبيل الإذن من الشارع مباشرة .

٨٤ - وعلى هذا النحو نصت المادة ٥٤ على أن للولى أن يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة بتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها على أن يكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وأن للولى أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات وقد روعى فى هذا الحكم التسوية بين من يكون من

القصر فى كنف وليه ومن يكون خاضعا للوصاية لأن حاجتهما سويا إلى التجربة لا يتصور فيها التفاوت ولاسيما أن الشريعة الإسلامية تجعل من حق الولى أن يأذن ولده المشمول بولايته . على أنه رئى ضمانا لاستقرار المعاملات أن يكون الإذن بإشهاد رسمى . وقد جعل للولى أن يسحب الإذن أو أن يحد منه وفقا لما تسفر عنه التجربة واشترط فى هذه الحالة أن يكون السحب أو الحد بإشهاد رسمى يتم شهره فى السجل المعد لذلك وفقا لأحكام المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات .

٨٥ ـ وعرضت المادة ٥٥ للإذن الذى يصدر من القضاء . فنصت على أنه يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة بتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض ومناط الإذن فى هذه الحالة هو صلاحية القاصر لتولى الإدارة والاطمئنان إلى قدرته على احسان القيام عليها فإذا لم نطمئن المحكمة إلى صلاحية القاصر رفضت الإذن . وقد رئى أن ينص على عدم جواز تجديد طلب الإذن قبل مضى سنة حتى يتسع مجال الاختيار وتتاح للقاصر فرصة كافية للنضوج والاستزادة من الخبرة .

٨٦ ـ عينت المادة ٥٦ حدود أهلية القاصر المأذون فنصت على أن له أن يباشر أعمال الإدارة وأن يستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال . ولكنها أخرجت من نطاق أعمال الإدارة تأجير الأراضى الزراعية أو المبانى لمدة تجاوز السنة والوفاء بالديون غير المترتبة على الإدارة ولو كانت ثابتة بمقتضى أحكام واجبة النفاذ أو سندات تنفيذية واشترطت لقيام القاصر بعمل من هذه الأعمال حصوله على إذن من المحكمة أو على إذن من الوصى فى حدود ما يملك الوصى القيام به دون إذن من المحكمة ويراعى أن النص الخاص بالحصول على إذن خاص فيما تقدم ذكره من أعمال الإدارة قاصرا على من يكون خاضعا للوصاية أما من يكون مشمولا بالولاية فيتعين عليه الحصول على اذن وليه بالنسبة إلى هذه الأعمال ويراعى من ناحية أخرى أن المقصود بحصول المأذون على إذن من المحكمة أو من وصيه أو من وليه أعمال الإدارة التى اشترط فيها ذلك هو الترخيص له فى كل عمل بخصوصه دون الترخيص له ترخيصا مطلقا بالقيام بهذه الأعمال وإلا انتفى معنى الإشراف الذى يقصد من الإذن .

٨٧ ـ وقد نصت المادة نفسها على أمر لا يجوز للقاصر المأذون أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لحد نفقاته ونفقات من تلزمه نفقتهم قانونا .

٨٨ـ على أن مجرد الإذن بالإدارة لا ينطوى على ترخيص بالاتجار لأن مزاولة التجارة لا تعتبر من قبيل أعمال الإدارة فضلا على أنها تستتبع مسئوليات جسيمة قد تؤدى بالمال بأسره ولذلك نصت المادة ٥٧ على أنه لا يجوز للقاصر سواء أكان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنه عشرة من عمره وأذنته المحكمة بذلك إذنا مطلقا أو مقيدا . وقد أريد بهذا النص تدريب القاصر على الاتجار متى كان يعد نفسه للاشتغال بالتجارة بعد البلوغ . وتعتبر أحكام هذه المادة مخصصة لأحكام المادة ٤ من قانون التجارة فى شأن المصريين وحدهم أما الأجانب فلا يسرى عليهم هذا التخصيص بل تسرى عليهم القواعد التى كانت مقررة من قبل .

٨٩ـ وتوجب المادة ٥٨ على القاصر المأذون أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى وتقضى بأن للمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخل القاصر المأذون احدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ومتى تم الإيداع امتنع عليه أن يسحب شيئا مما أودع إلا بإذن من المحكمة وما من شك فى أن الالزام بتقديم الحساب السنوى يعتبر وسيلة فعالة لرقابة إدارة القاصر المأذون والإشراف عليها . وقد تكفلت المادة ٥٩ ببيان الجزاءات التى تضمن إعمال هذا الاشراف وتلك الرقابة فنصت على أنه إذا قصر المأذون له بالإدارة فى تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو أساء التصرف فى إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العمومية أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو أن تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله .

٩٠ ـ وقد واجهت المواد ٦٠ و٦١ و٦٢ و٦٣ حالات خاصة رؤى أن يثبت فيها نوع من أنواع الإذن للقاصر بمقتضى نص القانون ولو لم يكن مأذونا من قبل وليه أو من قبل المحكمة فنصت المادة ٦٠ على أنه إذا أذنت المحكمة بزواج القاصر الذى له مال كان ذلك إذنا له بالتصرف فى المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق وقد استرشد المشروع فى هذا النص بأحكام بعض التشريعات الأجنبية التى تقضى بثبوت الأهلية بمجرد الزواج ولكنه لم ير الأخذ بهذه الأحكام على اطلاقها رعاية لمصلحة القصر فى سن قل أن تتوافر فيه الخبرة المطلوبة ويقصد

بالمهر فى أحكام النص الصداق الذى يؤديه الزوج لزوجته دون الدوطة أو البائنة ويقصد بالنفقة ما يؤدى من أحد الزوجين للآخر بالتراضى أو بحكم من القضاء كمقابل للإنفاق . وللمحكمة عند الإذن بالزواج أو عند رفع الأمر إليها بعد ذلك أن تقرر إضافة المهر كله أو بعضه أو النفقة كلها أو بعضها إلى الأموال المشمولة بالوصاية متى كانت مصلحة القاصر توجب ذلك كما لو كان المهر أو متجمد النفقة جميعا وكان فى نفقة القاصر التى قررتها المحكمة ما يكفيه وكان فى ظروفه ما يخشى معه من الإسراف أو الاتلاف . ويلاحظ أن الإذن المقرر فى هذه العهود يشمل التصرفات بمعناها الواسع وبوجه خاص الابراء والصلح والتحكيم .

٩١ - ونصت المادة ٦١ على أن للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته وأن الالتزام المتعلق بهذه الأغراض يكون صحيحا فى حدود هذا المال فحسب وقد أريد بهذا النص التوفيق بين القواعد العامة التى تقضى بقابلية تصرفات ناقص الأهلية للبطلان وبيع الضرورات العملية التى تجعل ناقص الأهلية مسلطا بحكم الواقع على مال يتعامل منه الناس فى حدوده وكلهم مطمئن إلى سلامة هذا التعامل واستجابته لأغراض جديرة بالرعاية . ولذلك رأى المشروع أن يساير اتجاه بعض التشريعات الأجنبية فيقرر للقاصر أهلية محدودة تقتصر على ما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته . وعلى هذا النحو يكون القاصر فى حدود هذا المال أهلا للإدارة والصرف وتكون أعمال إدارته وتصرفاته صحيحة والمرجع فى تعيين تلك الحدود هو ما جرت به العادة مع الاعتداد بظروف الأشخاص أو بيئتهم الاجتماعية .

٩٢ - ونصت المادة ٦٢ على أن للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون ومن المعلوم أن قوانين جعلت لطوائف من القصر أهلية الارتباط بهذا العقد على أن المشروع رأى أن يستحدث حكما آخر استقاه من بعض التشريعات الأجنبية فنص فى المادة نفسها على أن للمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن أن تأمر بانهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لأية مصلحة أخرى ظاهرة كما لو كان القاصر مريضا أو كان فى استعداده ما ينبىء بمستقبل أفضل فيما لو انصرف إلى تحصيل العلم أو الاشتغال بفن من الفنون وكما لو كان للقاصر مجالا فى أن يحسن أجره ومركزه إذا اشتغل بمهنة أخرى .

٩٣ ـ وأبقت المادة ٦٣ على الحكم الذى كان مقررا فى التشريع القديم فى شأن أهلية القاصر الذى بلغ ست عشرة سنة فيما يتعلق بكسب العمل ، ولكنها وسعت حدود هذا الحكم وأحاطته بضمانات جديدة تكفل صيانة مصلحة القاصر ـ والجوهرى فى تقرير هذا النوع من الأهلية المحددة هو تقدير مكانة العمل وإيثار العاملين بمزايا ينطوى على معنى التشجيع والمكافأة ولهذا نصت المادة ٦٣ على أن يكون للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره وعلى أن أثر هذه الأهلية لا يجاوز صحة التزام القاصر فى حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو من صناعته إلا أن من الحالات ما يتكشف فيه الأمر عن قصور تجربه القاصر أو ميله إلى الإسراف أو ضخامة ما يكسبه على نحو يغرى بالانسياق وراء التوسع فى الإتفاق ـ كما لو كان يحصل على دخل من استغلال مواهبه فى الأفلام ـ ولذلك أضافت المادة نفسها حكما جديدا يقضى بأن للمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى ماله المذكور وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية .

٩٤ ـ وأخيرا عبرت المادة ٦٤ عن الفكرة الجوهرية فى آثار الإذن سواء أكان صادرا من الولى أم من المحكمة أو ثابتا بنص فى القانون فقضت بأن القاصر المأذون يعتبر كامل الأهلية فيما أذن له به وفى التقاضى فيه .

الباب الثانى

فى الحجر والمساعدة والغيبة

الفصل الأول

فى الحجر

٩٥ ـ لم يحدث المشروع جديدا فى أسباب الحجر ولكنه عمل على ضبط هذه الأسباب حيث اقتضت الضرورات العلمية ذلك على أنه رؤى من ناحية أخرى استحداث نصوص تعرض لتعيين من يتولى القوامة من تتوافر فيهم صلاحة القيام بها من حيث الأولوية .

وقد نصت المادة ٦٥ على أنه يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وعلى أن المحكمة تقيم على من حجر عليه قيماً لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة فى هذا القانون . ويشترك الجنون والعتة فى

أثرهما بالنسبة إلى العقل فكلاهما آفة تصيب العقل وتنقص من كماله . والمرجع فى ذلك هو خبرة المختصين فى الآفات العقلية وشواهد الحال . أما السفة والغفلة فهما من العوارض التى تعترى الانسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبية وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإدارة وحسن التقدير .

٩٦ ـ والسفه بوجه عام صفة تعترى الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع وقد غلب اصطلاح السفه على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع . وفكرة السفه ليست من قبيل الفكر المقيدة المنضبطة المضمونه وإنما هى فكرة معيارية يرجع إلى التجارب الاجتماعية وما يتعارف عليه الناس في حياتهم ؛ وهى تبنى بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق . وقد يستخلص قيام السفه من تصرف الإنسان على خلاف ما يقتضيه الشرع كالإدمان على المقامرة وقد يستخلص من اتباع الهوى ومكابرة العقل ولو كان التصرف مشروعا كالإسراف فى التبرعات .

٩٧ ـ أما الغفلة فلم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف لها وبعضهم يرى فيها امتداد لفكرة السفه ولكنها على أى حال تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية . وقد يستدل على الغفلة باقبال الناس على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابح فيها أو بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع . والراجح أن السفه والغفلة وإن اشتركا فى معنى عام واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس إلا أن السفيه يكون عادة مبصرا بعواقب الفساد ولكنه يتعمده أما ذو الغفلة فهو يصدر فى فساده عن سلامة طوية وحسن نية .

٩٨ ـ وأهم ما يراعى فى شأن السفه والغفلة أن الحجر بسببهما يرمى إلى المحافظة على مال المحجور حتى لا يصبح عالة على المجتمع كما يرمى إلى المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين .

٩٩ ـ هذا وأيا كان سبب الحجر فهو لا يتقرر ولا يرفع إلا بحكم من القضاء باعتباره حالة قانونية حادثة تنشأ على خلاف الأصل . ويرجع فى الحكم على تصرف المحجور من حيث الصحة والبطلان إلى قواعد القانون المدنى يستوى فى هذا ما يصدر من هذه التصرفات قبل توقيع الحجر وما يصدر منها بعد ذلك .

١٠٠ ـ ونصت المادة ٦٦ على أن النفقات اللازمة للعناية بالمحجور عليه تكون مقدمة على ما عداها وقد قصد من هذا النص إلى تقرير أولوية طبيعية لهذه النفقات المكتسبة إلى ما عداها مما قد يطلب إلى المحكمة تقريره من مبالغ أو نفقات للمحافظة على المال أو لذوى القربى أو لغير ذلك من الأغراض .

١٠١ ـ وقد نقلت المادة ٦٧ أحكام التشريع القديم فى شأن الإذن للسفيه وذوى الغفلة فقضت بأنه يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وفى هذه الحالة تسرى الأحكام المتعلقة بالإذن للقاصر بالإدارة .

١٠٢ ـ وقد عرضت المادة ٦٨ لأولوية الصالحين للقوامة على أساس صلتهم بالمحجور عليه وما يغلب فيهم والعناية بمصالحه فنصت على أن القوامة تكون للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة . وقد قصد من هذا الترتيب إلى تقييد المحكمة فى الاختيار فعليها أن تبدأ بالأبناء وعند التعدد تعين أصلحهم فإن لم تجد بينهم من تتوافر فيه شروط الصلاحية المنصوص عليها فى المادة التالية عهدت بالقوامة للأب فإن لم يكن أهلا لها على الوجه المتقدم عهدت بها إلى الجد وإلا فإلى من تتوافر فيه تلك الشروط من غير هؤلاء ، ويلاحظ أن الأب أو الجد يعتبر قيما فى هذه الحالة ويسرى عليه القواعد المتعلقة بالقوامة لأن الولاية تنقطع بالبلوغ ولا تعود بالحجر .

١٠٣ ـ وتختم المادة ٦٩ هذا الفصل فتقضى بأنه يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى ويستثنى من حكم هذه الفقرة الأب والجد فتجيز للمحكمة أن تعهد إليهما بالقوامة ولو كان قد سبق الحكم على أيهما فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة أو بشهر الافلاس ، وقد رؤى تخويل المحكمة هذه الرخصة لتباشرها فى ضوء ما تبين من ظروف القيم فقد ترى أن الابن أو الأب أو الجد أولى من غيره بالقوامة رغم سبق صدور حكم من الأحكام المشار إليها من قبل وقد ترى غير ذلك ومرجع الفصل هو ظروف كل حالة بخصوصها .

الفصل الثانى
فى المساعدة القضائية

١٠٤ - أبقى المشروع على أحكام القانون القديم فى شأن المساعدة القضائية واستكملها باضافة بعض أحكام جديدة فنص على بعض أسباب تبرر المساعدة القضائية كما استحدث من القواعد ما يبين حدود مهمة المساعد القضائى وطبيعة هذه المهمة على نحو يحقق جدواها ويضمن مصالح من تقررت له المساعدة . فنصت المادة ٧٠ فى فقرة أولى على أنه إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات المنصوص عنها فى المادة ولم يكن لهذا الحكم نظير فى التشريع القائم وقد آثر المشروع أن يعين التصرفات التى تتقرر فى شأنها المساعدة بنص واضح ضمانا لاستقرار المعاملات .

١٠٥ - وأضافت المادة ٧١ فى فقرة ثانية حكما جديدا تنص على أنه يجوز للمحكمة كذلك إذا كان يخشى من انفراد الشخص من مباشرة التصرفات فى حاجة ماسة إلى المساعدة القضائية كالشلل النصفى والضعف الشديد وضعف السمع والبصر ضعفا شديدا لا يبلغ مبلغ الصمم أو العمى وما إلى ذلك فالواقع أن المساعدة القضائية تفرض لمعاونة أشخاص يملكون سلامة الحكم ولكن دون أن تتوافر لهم عناصر الواقع فى التصرفات الماما يؤهل لإعمال ملكة الحكم إعمالا صحيحا فى شأنها ولذلك رؤى أن تضاف الفقرة المتقدم ذكرها حتى تكون سلطة المحكمة فى تقرير المساعدة القضائية مرنة تتناول جميع الصور التى لا يطمأن فيها إلى توافر المقدرة على المامه بعناصر الواقع فى تصرف من التصرفات بسبب عاهة أو حالة مرضية على الوجه المبين فى النص .

١٠٦ - وقد بينت المادة ٧١ مهمة المساعد فقضت أن يشترك مع من تقررت له المساعدة فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة .. فليس المساعد القضائى بمثابة نائب قضائى سينفرد بالتصرف قائما فيه مقام الأصيل وإنما هو معاون يشترك معه فيه . وقد يرى المساعد القضائى أن الصفقة فى غير مصلحة من تقررت المساعدة له فيمتنع عن الاشتراك فى التصرف ولذلك واجهت المادة ٧١ هذه الحالة ونصت على أنه إذا امتنع المساعد على الاشتراك فى تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى ابرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة فى ابرامه وفقا للتوجيهات التى تبينها فى قرارها وبديهى أن المحكمة إذا أقرت المساعد على وجهه نظره فى الامتناع عمل بقرارها ولم يجز لمن تقررت له المساعدة أن ينفرد بالتصرف وإلا كان قابلا للأبطال .

١٠٧ - على أن من الحالات ما قد يحجم فيه من تقررت له المساعدة عن القيام بتصرف معين ويرى المساعد القضائى أن فى هذا الإحجام خطراً على مال من تقررت مساعدته قضائياً . وقد عنيت المادة ٧١ بمواجهة هذا الاحتمال فقضت بأنه إذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بأجراء هذا التصرف أمامها أو فى أجل تعينه لذلك كما لو تعلق الأمر بطلب تصفيته أموال درأ لخطر هبوط أسعارها أو لرفع دعوى يترتب على التراخى فى رفعها سقوط حق وما شابه ذلك .

١٠٨ - وأخيرا رؤى أن يعامل المساعد القضائى بمقتضى نص خاص معاملة الوصى لوجود أوجه الشبه بين مهمتهما من حيث الواقع رغم اختلافهما من حيث التكييف القانونى فنصت لمادة ٧٢ على أن أحكام المادة .. تسرى على المساعد القضائى وهذه الأحكام تتصل بتقادم دعاوى من تقررت مساعدته ضد المساعد القضائى متى كانت متعلقة بأمور المساعدة . ونصت المادة ٧٣ على أن المساعد القضائى يعتبر فى حكم الغائب فى تطبيق أحكام المواد ١٠٨ ، ٣٨٢ ، ٤٧٩ من القانون المدنى وهى الخاصة بمنع تعاقد الشخص مع نفسه . وغنى عن البيان أن المساعد القضائى وإن لم يكن نائبا عمن تقررت مساعدته قضائيا إلا أن الاعتبارات التى تبرر هذا المنع تتوافر بالكيفية المبينة بقدر توافرها بالنسبة إلى النائبين عن عديمى الأهلية بوجه عام .

الفصل الثالث
فى الغيبة

١٠٩ - وقد تضمن الفصل الثالث أحكام الغيبة فبدأ فى المادة ٧٤ ببيان الأحوال التى يجوز فيها اقامة وكيل عن الغائب . وتقضى هذه المادة بأن المحكمة تقيم وكيلا عن الغائب كامل الأهلية فى الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه . أولا - إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته . ثانيا - إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج القطر المصرى واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من تعينه فى إدارتها . والنص واضح فى أن تنصيب الوكيل على الغائب لا يلجأ إليه إلا بالنسبة إلى من يكون كامل الأهلية متى توافر شرطان جوهريان أولاهما انقضاء سنة أو أكثر على غيبته وقد عين النص معنى الغيبة وهى لا تتحقق إلا إذا كان

الشخص مفقودا لا تعرف حياته أو مماته كمن تنقطع المعلومات الخاصة به عقب حرب اشترك فيها أو غرق سفينة أو وقوع كارثة حريق أو هدم فى مسكنه أو محله أو إذا لم يكن له محل إقامة معلوم أو موطن معلوم وبذلك لا يهتدى إليه كم يهيم على وجهه أو يفر من إجراءات جنائية اتخذت ضده وقد رؤى سحب أحكام الغيبة على من يكون له محل إقامة أو موطن معلوم فى الخارج ولكن الظروف تحول بينه وبين تولى شئونه أو الإشراف على إدارتها كظروف الحرب أو انقطاع المواصلات وما إلى ذلك . ففى مثل هذه الحالة تتوافر علة إقامة الوكيل كما تتوافر فى شأن من تتحقق غيبته حقيقة .

١١٠ ـ أما الشرط الثانى فهو أمر يترتب على الغيبة الحقيقية أو الحكمية تعطيل مصالح الغائب وينطوى فى فكرة تعطيل المصالح انتفاء أى عمل إيجابى لصيانة الحقوق أو تحصيلها أو استثمار الأموال أو دفع الاعتداء عليها .

١١١ ـ وتعرض بالمادة ٧٥ لحالة قيام وكيل قبل تحقق الغيبة فتقضى بأنه إذا ترك الغائب وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره وشأن تثبيت الوكيل فى هذه الحالة هو شأن تثبيت الوصى المختار .

وأخيرا تقضى المادة ٧٦ بأن الغيبة تنتهى بزوال اسبابها كحضور المفقود أو العلم بموطن الغائب أو محل إقامته أو زوال الظروف التى كانت تحول دون توليه شئونه أو الاشراف عليه أن كان مقيما بالخارج وتنتهى كذلك بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية باعتباره ميتا .

الباب الثالث

أحكام عامة

١١٢ ـ جمع المشروع فى هذا الباب أحكاما عامة وزعها بين فصول ثلاثة عقد أولها للقواعد المشتركة فى الوصاية والقوامة والغيبة والثانى للمشرف والثالث للجزاءات .

الفصل الأول

أحكام مشتركة فى الوصاية والقوامة والغيبة

١١٣ ـ يتضمن هذا الفصل مواد ثلاثة تتناول أولاهما قواعد احتساب المدد والثانية مركز القامة والوكلاء عن الغائبين والثالثة قسمة أموال المحجوز عليهم والغائبين ففيما يتعلق بحساب المدد نصت المادة ٧٧ على أن المدد المنصوص عليهما

فى هذا القانون تحسب بالتقويم الميلادى تمشيا مع القاعدة العامة المقررة فى المادة ٣ من القانون المدنى الجديد .

١١٤ ـ وفيما يتعلق بمركز القوامة والوكلاء عن الغائبين نصت المادة ٧٨ على أن الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر تسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين كما أن الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء تسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين . وقد قصد بذلك أن تطبق على القامة والوكلاء عن الغائبين القواعد المقررة فى شأن صلاحية الوصى للتعيين وجواز تعيين قيم أو وكيل خاص أو مؤقت والقواعد المتعلقة بواجبات الأوصياء وحقوقهم والقواعد الخاصة بعزلهم ووقفهم وانتهاء مهتمهم والقواعد الخاصة بمحاسبتهم وتقادم الدعاوى المتعلقة بأمور الوصاية وبديهى أن القواعد المتقدم ذكرها تسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين بالقدر الذى تتلائم فى حدود أحكامها مع طبيعة القوامة والوكالة عن الغائبين .

١١٥ ـ وفيما يتعلق بقسمة الأموال نصت المادة ٧٩ على أن الأحكام الخاصة بقسمة مال القاصر تسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجوز عليه باعتبار أن هذه الأحكام قد وضعت لحماية مصلحة شخص لا يستطيع أن يقوم برعاية هذه المصلحة بنفسه إما لسبب نقص أهليته وإما بسبب غيبته . ويعتبر هذا النص مكملا لأحكام القانون المدنى المقررة فى المادة ٨٣٥ فيما يتعلق بالغائبين .

الفصل الثانى

فى المشـــرف

١١٦ ـ أجازت المادة ٨٠ تعيين مشرف مع الوصى ولو كان مختارا وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب . ويراعى أنه لم يعد ثمة محل للتفرقة بين وصى القاضى والوصى المختار بعد أن أصبحا من حيث شروط صلاحية التعيين بمنزلة سواء . وقضت المادة ٨١ فى فقرة أولى بأن المشرف يراقب النائب عن عديم الأهلية أو الوكيل عن الغائب فى إدارته وأن من واجبه ابلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليهما فمهمة المشرف تنحصر فى الرقابة والتوجيه دون أن تجاوز هذه الحدود إلى الاشتراك فى الإدارة ونصت المادة ذاتها فى فقرة ثانية على أن على الغائب أو الوكيل إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة الأموال وتمكينه من فحص المستندات والأوراق الخاصة بهذه الأموال حتى يستطيع أن يؤدى واجبه فى الرقابة والتوجيه . وعرضت فى فقرة ثالثة للحالة التى يخلو فيها مكان الغائب أو

الوكيل وأوجبت على المشرف أن يطلب إلى المحكمة إقامة نائب أو وكيل جديد وإلى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر ، وفى هذه الحدود فحسب حول المشرف استثناء أن يباشر الأعمال العاجلة كبيع المحصول الذى يتبادر إليه التلف إزاء حالة الضرورة .

١١٧ ـ ونصت المادة ٨٢ على أنه يسرى على المشرف فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره على أعماله ومسئوليته عن تقصيره ما يسرى من أحكام على النائب أو الوكيل بحسب الأحوال .

١١٨ ـ وأخيرا قضت المادة ٨٣ بأن للمحكمة أن تقرر إنتهاء الإشراف إذا رأت زوال داعيه والسبب فى ذلك أن المحكمة هى صاحبة السلطة أصلا فى تعيين المشرف أو عدم تعيينه وفقا لما يتبين من ظروف كل حالة ومبلغ الحاجة إلى هذا الإجراء فإذا رأت أثناء قيام المشرف وبوجه خاص عند تغيير الوصى أو النائب أو عند الاذن للقاصر بالإدارة ألا ضرورة لبقاء الاشراف قررت ذلك .

الفصل الثالث

فى الجـزاءات

١١٩ ـ اشتمل هذا النص على النصوص الخاصة بالجزاءات فقضت المادة ٨٤ بأنه إذا قصر الوصى فى الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون أو فى تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة جاز أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه أو بالعزل أو بأحد هذه الجزاءات كما قضت بأنه يجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزء منها ويجوز إعفاء الوصى من الجزاء المالى كله أو بعضه إذا نفذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم أو قدم اعذارا تقبلها المحكمة ويراعى أن اعمال حكم هذا النص أو اهماله لا يؤثر فى المسئولية المدنية التى تترتب على المادة ٨٦ وفقاً للقواعد العامة ويرعى من ناحية أخرى التى تترتب على المادة ٨٦ وفقا للقواعد العامة ويراعى من ناحية أخرى أن جوا الاعفاء من الجزاء لا يعمل به إلا حيث يصدر القرار بالجزاء فى غيبة الوصى أو حيث يقوم الوصى بتنفيذ القرار بصورة فى نظر المحكمة مثل هذا الاعفاء .

١٢٠ ـ وتنص المادة ٨٥ على أنه إذا نفذ على ممتلكات النائب المحكوم عليه بالغرامة ثم صدر حكم بإقالته منها فلا يحق له إلا استرداد ما حصل من التنفيذ دون

أن يكون له أن يطالب بتعويض ما أحاق به من ضرر من جراء ذلك لأن المفروض أنه كان مقصرا حتى أدى تقصيره هذا إلى صدور الحكم عليه واتخاذ إجراءات التنفيذ الخاصة به . أما إذا رسا المزاد على قلم الكتاب فلا يكون للمحكوم عليه إلا استرداد العين بعد دفع مصاريف التنفيذ ما لم يكن هناك مانع كأن يكون قلم الكتاب قد تصرف فيما رسا عليه مزاده فإذا وجد المانع فلا يكون له إلا استرداد الثمن الذى رسا به المزاد على قلم الكتاب بعد خصم كامل المصاريف ويوجد هذا الحكم توافر الاعتبارات المتقدم ذكرها فيما يتعلق بحكم الفقرة الأولى .

١٢١ ـ وتعرض المادة ٨٦ لحكم المسئولية المدنية فتقضى فى صيغة عامة بأن إخلال النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون يستتبع مسئوليته عما يلحق عديم الأهلية أو ناقصها من ضرر بسبب ذلك كما تقضى بأن مسئولية النائب تكون كمسئولية الوكيل المأجور والشق الأول من هذا النص لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة وتكملة طبيعة لنص المادة ٣٦ من هذا المشروع أما الشق الثانى فهو النتيجة اللازمة لتكليف النائب بأن يبذل فى نيابته من العناية ما يبذله الوكيل المأجور ولو لم يتقاضى أجرا عليها . ووفقا لنص المادة ٨٣ بأن أحكام المواد السابقة وهى ٨٤ و ٨٥ و ٨٦ تسرى على القيم والمساعد القضائى والوكيل عن الغائب والوصى الخاص والوصى المؤقت .

١٢٢ ـ وأخيراً تقضى المادة ٨٨ بأنه يعاقب بالحبس وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل وصى أو قيم أو وكيل انتهت نيابته إذا كان بقصد الإساءة قد امتنع عن تسليم أموال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو أوراقه لمن حل محله فى الوصاية أو القوامة أو الوكالة وذلك ما لم ينص القانون على عقوبة أشد ويلاحظ أن العقوبة لا توقع إلا حيث يكون الامتناع عن التسليم حاصلاً بقصد الإساءة كأن يقصد الوصى تعويق عمل من يخلفه أو الأضرار بمصالح القاصر. وهذا هو الحكم المقرر فى التشريع القائم.

وتتشرف وزارة ا لعدل بأن ترفع إلى مجلس الوزراء مشروع المرسوم بقانون المرافق حتى إذا وافق عليه تفضل باتخاذ الإجراءات اللازمة لاستصداره تطبيقاً لنص المادتين ٤١ و ٥٥ من الدستور.

وزير العدل

مستخرج من القانون المدنى

لأهم نصوص الحالة والأهلية والولاية على المال

مـادة ٢٩ : (١) تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً ، وتنتهى بموته .

(٢) ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون .

مـادة ٣٠ : (١) تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .

(٢) فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى .

مـادة ٣١ : دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها قانون خاص.

مـادة ٣٢ : يسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية .

مـادة ٤٢ : (١) موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً .

(٢) ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشر سنة ومن فى حكمه موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها .

مـادة ٤٤ : (١) كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

(٢) وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

مـادة ٤٥ : (١) لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أوعته أو جنون .

(٢) وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز .

مـادة ٤٦ : كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفله ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون .

مـادة ٤٧ : يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة فى القانون .

مـادة ٤٨ : ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها .

مـادة ١٠٩ : كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون.

مـادة ١١٠ : ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطله .

مـادة ١١١ : (١) إذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً .

(٢) أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون.

مـادة ١١٢ : إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له فى تسلم أموال لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

مـادة ١١٣ : المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون .

مـادة ١١٤ : (١) يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

(٢) أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

مــادة ١١٥ : (١) إذا صدر تصرف من ذى الغلة أو السفيه بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام .

(٢) أما التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلاً للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

مــادة ١١٦ : (١) يكون تصرف المحجور عليه لسفة أو غفله بالوقف أو بالوصية صحيحاً ، متى أذنته المحكمة فى ذلك .

(٢) وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

مــادة ١١٧ : (١) إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارداته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك .

(٢) ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيه ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة .

مــادة ١١٨ : التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام ، تكون صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

مــادة ١١٩ : يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض ، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته .

مصـــادر الـكـتـاب

١ ـ الجريدة الرسمية وملحقها (الوقائع المصرية) : وتصدر عن رياسة الجمهورية

٢ ـ النشرة التشريعية : وتصدر عن المكتب الفنى لمحكمة النقض .

٣ ـ النشرة الدوريـة : وتصدر عن إدارة التشريع بوزارة العـدل .

٤ ـ ملاحق تشريعات مجلة المحاماه : وتصدر عن نقابة المحامين بمصر .

فهـــرس الجـزء الثـانى

الموضـــوع ص

الموضـــوع ص

القسم الثالث

الولايــة على النفس والمـال

تم بحمد الله

يشتمل هذا الجزء على عرض لتشريعات الأحوال الشخصية فى المسائل الآتية:

أولاً : الطلاق ، النفقة ، المتعة ، المهر ، المفقود ، النسب ، الحضانة فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدلان بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

ثانياً : الميراث والوصية فى القانونين رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، ٧١ لسنة ١٩٤٦ وفى القانون المدنى .

ثالثاً : الولاية على النفس والمال فى القانونين ١١٨ لسنة ١٩٥٢ ، ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

مع المذكرات الإيضاحية والتفسيرية وتقارير اللجان ومزيل بأحكام المحكمة الدستورية العليا والقرارات الوزارية المنفذة



مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع
الإدارة والتوزيع : المنتزة - أبراج مصر للتعمير رقم ١٤ ☎ ٥٤٧٥٤٩١
المطابع : المعمورة البلد - بحرى - شارع ٢٦٨ ☎ ٥٦٠٠٤٧٩ إسكندرية